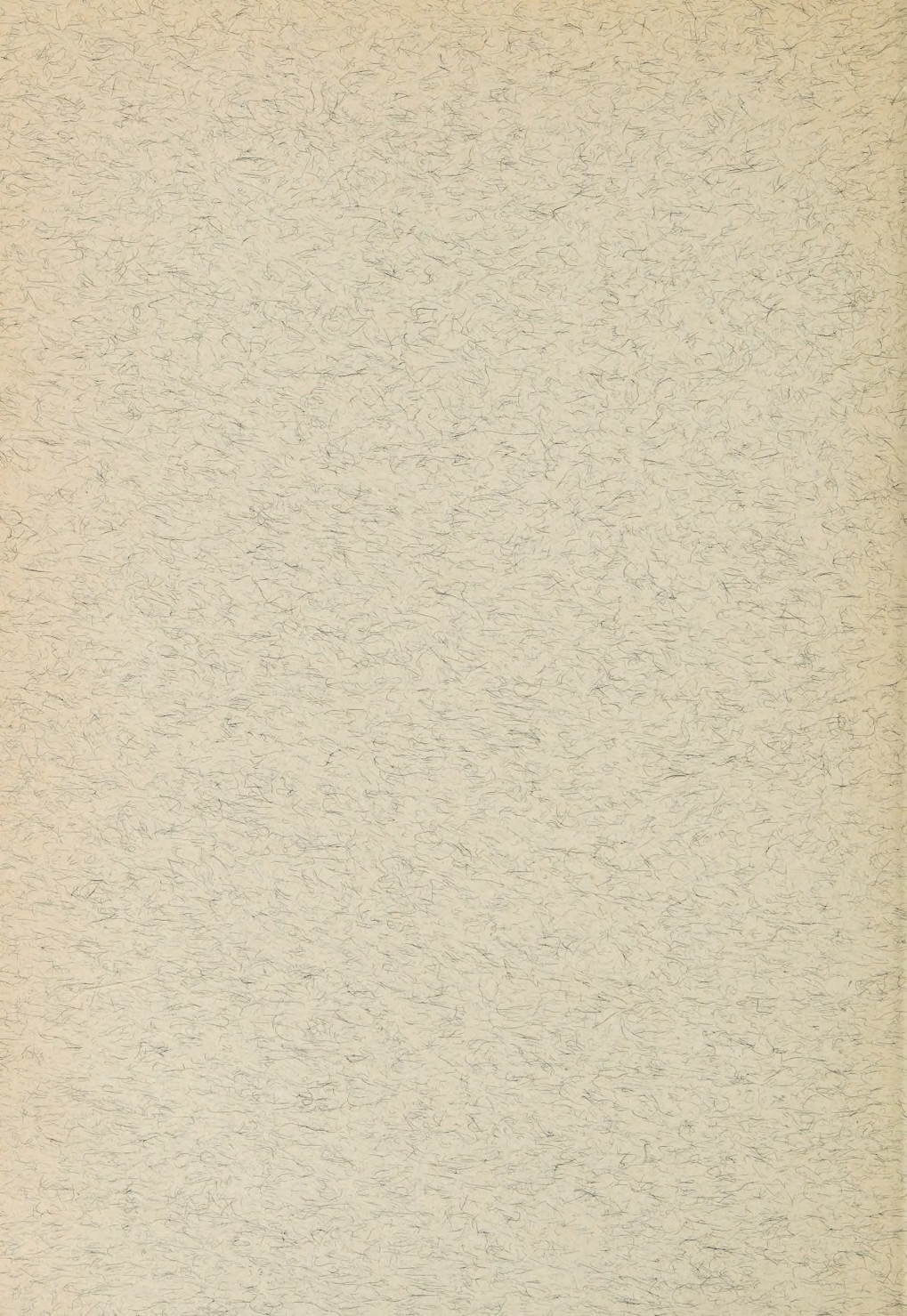


OLAF GLUNZ

**Vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches
bei der Offenen Handelsgesellschaft in den Fällen
des Ausscheidens unter Lebenden**

1963

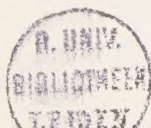


**Vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches
bei der Offenen Handelsgesellschaft in den Fällen
des Ausscheidens unter Lebenden**

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
OLAF GLUNZ
aus Hamm (Westf.)

1963



Dekan: Prof. Dr. Helmut Schelsky

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Harry Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Helmut Koch

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Januar 1963

Inhaltsübersicht
=====

	<u>Seite</u>
Abkürzungsverzeichnis	X
Schriftenverzeichnis	XIII
Einleitung	1
<u>ERSTER TEIL:</u> Bedürfnis für vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches	4
E r s t e r A b s c h n i t t	
Anforderungen an eine Regelung des Abfindungsanspruches	4
Z w e i t e r A b s c h n i t t	
Interpretation der gesetzlichen Regelung des Abfindungsanspruches	9
A. Der Wert des Gesellschaftsvermögens	9
I. Interpretation des § 738 BGB hinsichtlich der Begriffe Liquidationswert, Buchwert, wahrer Wert - Ertragswert, Substanzwert, Vergleichswert	10
II. Ermittlung des Ertragswertes	17
1. Anwendbarkeit der Formel für die ewige Rente	17
2. Ermittlung der Größe "Zukunftsertrag"	21
a) 1. Phase: Korrekturen der Bilanzgewinne zu der Größe "Ertrag der vergangenen Geschäftsjahre"	21
aa) Die von der h.M. abweichende Ausgabsbasis von Mellerowicz	21
bb) Handelsbilanz und Steuerbilanz	22

	<u>Seite</u>
cc) Das umstrittene Wesen der Größe "Zukunftsertrag"	23
dd) Korrekturen der persönlichen Einflüsse	26
ee) Korrekturen für Rücklagen und unangemessene Rückstellungen	29
ff) Korrekturen für Eigenkapital- und Fremdkapitalzinsen	32
gg) Korrekturen für Steuern	36
hh) Korrekturen der Positionen des sogenannten neutralen Aufwandes und Ertrages	39
ii) Korrekturen für Unternehmerlohn, verdeckte Gewinnausschüttungen, Lasten auf den Gewinn	40
b) 2.Phase: Schaffung von vergleichbaren Größen für die "Erträge der vergangenen Geschäftsjahre"	42
aa) Periodengerechtigkeit	42
bb) Geldwertschwankungen	43
cc) Kapitaländerungen	44
c) 3.Phase: Ermittlung einer einheitlichen Größe "Ertrag" unter Beachtung zukünftiger Verhältnisse	44
aa) Konjunkturzyklus	45
bb) Einbeziehung anderer zukünftiger Einflüsse und Ausschaltung nur historischer Einflüsse	46
cc) Einheitliche Größe durch Berechnung des arithmetischen Mittels	46
3. Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes	47
a) Bestimmung des Grundzinsfußes	48
b) Zuschläge für Nachteile der Anlage in einem derartigen Unternehmen	50
c) Abschläge für Vorteile der Anlage in einem derartigen Unternehmen	54

	<u>Seite</u>
4. Korrekturen des Ertragswertes hinsichtlich des Konkurrenzrisikos und anderer Faktoren	56
a) Sinn und Grundlage der Korrekturen	56
b) Korrekturen bei rentablen Unternehmen	58
c) Korrekturen bei unrentablen Unternehmen	60
III. Ermittlung des Substanzwertes	62
1. Grundfragen der Ermittlung	62
a) Substanzwert vom Reinvermögen - Substanzwert vom Rohvermögen	62
b) Wertansätze	63
c) Umfang des Bewertungsvermögens	67
2. Ermittlung	68
IV. Ermittlung des Geschäftswertes	70
1. Anerkennung und Wesen des Geschäftswertes	70
2. Ermittlungsmethoden	76
B. Der Anteil des Ausscheidenden an dem Gesellschaftsvermögen	81
I. Kennzeichnung der Problematik	81
II. Verteilung nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel und nach dem Verhältnis der Kapitalanteile	82
III. Maßgeblicher Verteilungsmaßstab in Sonderfällen	90
IV. Rechtslage bei Änderung des Verteilungsmaßstabes während des Bestehens der Gesellschaft	91

	<u>Seite</u>
C. Zeitpunkt der Auszahlung des Abfindungsanspruches, seine Verzinsung und die Pflicht zur Sicherheitsleistung	92
I. Auszahlung des Abfindungsanspruches	92
1. Hinausschieben der Fälligkeit wegen weiter Auslegung von § 271 I BGB	93
2. Sofortige Geltendmachung des fälligen Anspruches als Verstoß gegen § 242 BGB	96
II. Verzinsung	100
III. Pflicht zur Sicherheitsleistung	101
D. Die Konsequenzen aus der gesetzlichen Regelung gem. den steuerrechtlichen Vorschriften, insbesondere gem. dem Einkommensteuergesetz (EStG)	103
I. Die Konsequenzen für den ausscheidenden Gesellschafter	103
II. Die Konsequenzen für die verbleibenden Gesellschafter	106

D r i t t e r A b s c h n i t t

Beurteilung der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Erfüllung der gestellten Anforderungen	108
---	-----

	<u>Seite</u>
<u>ZWEITER TEIL: Möglichkeiten für vertragliche</u> Regelungen des Abfindungsan- spruches und ihre Beurteilung hinsichtlich der Erfüllung der gestellten Anforderungen	117
 E r s t e r A b s c h n i t t	
Möglichkeiten für vertragliche Regelungen	117
 A. Die Bewertung des Gesellschaftsvermögens bzw. die direkte Bestimmung des Abfindungs- anspruches	
	117
 I. Vertragliche Regelungen in Anlehnung an die gesetzliche Regelung	
	118
1. Materielle Regelungen	118
a) Ertragswertmethode	118
b) Substanzwertmethode	121
c) Kombinationsmethoden	122
d) Vergleichswertmethode	123
2. Formelle Regelungen	123
a) Schiedsgerichtsklausel	123
b) Heranziehung eines Sachverständigen	124
 II. Vertragliche Regelungen ohne Anlehnung an die gesetzliche Regelung	
	125
1. Ausschließung einer Abfindung	126
2. Fester Betrag als Abfindung	126
3. Abfindung auf der Grundlage des Buchwertes	126
a) Die maßgebliche Bilanz	127
b) Einlagen, Entnahmen und Geschäftser- gebnis zwischen Bilanzstichtag und Ausscheidenszeitpunkt	131
c) Stille Reserven und Geschäftswert	133
d) Sonderfälle	140

	<u>Seite</u>
B. Der Anteil des Ausscheidenden an dem Gesellschaftsvermögen	142
I. Verteilung nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel und dem Verhältnis der Kapitalanteile	142
II. Verteilung nach der Kapitalleistung und nach der Arbeitsleistung der Gesellschafter	145
III. Verteilung nach Köpfen	146
C. Zeitpunkt der Auszahlung des Abfindungsanspruches, seine Verzinsung und die Pflicht zur Sicherheitsleistung	146
I. Auszahlung und Verzinsung	146
1. Die überragende Bedeutung und die Schwierigkeit der Formulierung dieses Vertragspunktes	146
2. Möglichkeiten	147
a) Die sofortige oder kurzfristige Auszahlung	148
b) Die allmähliche Auszahlung	148
aa) Ratenzahlung	148
bb) Rentenzahlung	151
c) Die spätere Auszahlung	153
d) Ergänzungsvereinbarungen für die allmähliche oder spätere Auszahlung	154
II. Pflicht zur Sicherheitsleistung	155
1. Sicherheit gegen Zahlungsunfähigkeit der verbleibenden Gesellschafter	156
a) Verfallklausel	156
b) Herkömmliche Sicherungen: Hypothek, Grundschuld, Sicherungsübereignung, Bürgschaft	157

2. Sicherheit gegen Unredlichkeit der verbleibenden Gesellschafter:	<u>Seite</u>
Kontrollrecht	158
3. Sicherheit gegen Kaufkraftschwund:	
Wertsicherungsklauseln	158
a) Theoretische Möglichkeiten	159
b) Praktische Möglichkeiten unter Berücksichtigung von § 3 WährG	160

Z w e i t e r A b s c h n i t t	
Beurteilung der Möglichkeiten für vertragliche Regelungen hinsichtlich der Erfüllung der ge- stellten Anforderungen	163

<u>DRITTER TEIL:</u> Rechtliche Grenzen für vertragliche Regelungen des Abfindungsan- spruches	167
--	-----

E r s t e r A b s c h n i t t	
Kündigung eines Gesellschafters	167
A. Anwendungsbereich der Begrenzungsvorschriften	167
B. Inhalt der Begrenzungsvorschriften	176
I. 1.Meinung: Unzulässigkeit von vertraglichen Regelungen	177
II. 2.Meinung: Teilweise Zulässigkeit von ver- traglichen Regelungen wegen § 145 HGB	178
III. 3.Meinung: Teilweise Zulässigkeit von ver- traglichen Regelungen wegen § 723 III BGB und § 133 III HGB	179

	<u>Seite</u>
1. Beschränkungen und Ausschluß des Kündigungsrechtes im juristischen und im wirtschaftlichen Sinne	179
2. "diesen Vorschriften zuwider" i.S.d. § 723 III BGB und des § 133 III HGB	182
C. Herausstellung von zulässigen und unzulässigen Einzelfällen	187
 Z w e i t e r A b s c h n i t t	
Gesellschafterkonkurs und Kündigung eines Privatgläubigers	194
A. Anwendungsbereich der Begrenzungsvorschriften	194
I. §§ 134 mit 131 Ziff.6, 131 Ziff.5, 141 HGB	194
II. §§ 851 II mit 857 I ZPO	196
III. § 1 I KO	197
IV. § 138 BGB	198
V. §§ 29 ff. KO, §§ 1 ff. AnfG	201
B. Inhalt der Begrenzungsvorschriften des § 31 KO und des § 3 I Ziff.1 und 2 AnfG (sog.Absichtsanfechtung), insbesondere die Klärung des Absichtsbegriffes	203
C. Herausstellung von zulässigen und unzulässigen Einzelfällen	211
 D r i t t e r A b s c h n i t t	
Ausschluß eines Gesellschafters gem. § 140 HGB	213
A. Anwendungsbereich und Inhalt der Begrenzungsvorschriften	214

	<u>Seite</u>
I. § 140 HGB	214
1. Keine Regelung der Berechnung des Abfindungsanspruches durch § 140 II HGB	214
2. Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 140 HGB mit § 133 HGB) und Gestaltung der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches	215
II. § 138 I BGB	217
1. Konkretisierung der Vorschrift durch tatbestandsähnliche Fallgruppen	218
2. Die Fallgruppe: Einschränkung der Freiheit durch übermäßige Bindung	219
3. Die Fallgruppe: Erstreben eines unverhältnismäßigen Vorteiles	222
III. § 242 BGB	224
1. Anwendungsbereich der Vorschrift sowie ihre Konkretisierung durch tatbestandsähnliche Fallgruppen	224
2. Die Fallgruppe: Erstreben eines übermäßigen, rücksichtslosen Eigennutzes	228
B. Herausstellung von zulässigen und unzulässigen Einzelfällen	231
Zusammenfassung	232

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens vom 20.5.1898
AO	Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931
BB	Der Betriebsberater
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BürgA	Archiv für Bürgerliches Recht
DB	Der Betrieb
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DR	Deutsches Recht
EStG	Einkommensteuergesetz in der Fassung vom 15.8.1961
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	Grünhuts Zeitschrift
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HWB 1926	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft. Herausgegeben von Heinrich Nicklisch, 2.Bd. 1.Auflage, Stuttgart 1926
HWB I 1938	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft. Herausgegeben von Heinrich Nicklisch, Band I (II) 2.Auflage, Stuttgart 1938 (1939)
HWB I 1956 (II 1958) (III 1960)	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft. Begründet von Heinrich Nicklisch, Band I (II,III), 3.Auflage herausgegeben von Hans Seischab und Karl Schwantag, Stuttgart 1956 (1958, 1960)

JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KStDV	Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung in der Fassung vom 5.8.1959
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivil- und Strafsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NB	Neue Betriebswirtschaft, Beilage zu "Der Betriebsberater"
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Entscheidungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen (amtliche Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen Oberster Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SozPrax	Soziale Praxis
WährG	Erstes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) vom 20.6.1948
Warn	Warneyer's Rechtsprechung des Reichsgerichtes
Wertpapier	Das Wertpapier - Zeitschrift der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung
WFM	Wertpapier-Mitteilungen Teil IV B Wertpapier- und Bankfragen, Rechtsprechung
WV	Wörterbuch der Volkswirtschaft Band III. Herausgegeben von Ludwig Elster, 4. Auflage, Jena 1933
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

ZFB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZfHwHp	Zeitschrift für Handelswissenschaft und Handelspraxis
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht

Adler, H.:

Ein Standardwerk für Wissenschaft und Praxis -
Die 3. Auflage des Handwörterbuches der Betriebs-
wirtschaft liegt fast vollständig vor, FAZ
23.10.1961, S.19

Anders, H.:

Gewinnsteuern bei der Ertragswertermittlung
von Unternehmungen, Wpg 1953, S.151

Auler, Wilhelm:

Der Unternehmungsmehr- und -minderwert in der
Bilanz, ZFB 1927, S.653, S.727, S.839

Bankmann, Jörg:

Der Substanzwert, Essen 1960

Bartke, Günther:

Erkenntnisobjekt und Zwecke der Unternehmungs-
bewertung, BFuP 1960, S.266

Ders.:

Die Methoden zur Ermittlung des Gesamtwertes
einer Unternehmung, ZFB 1960, S.736

Ders.:

Der Vermögenswert der Unternehmung,
BFuP 1960, S.551 u.S.616

Ders.:

Ist die Problematik der Berechnungsformel für
die Unternehmungsbewertung gelöst?
Wpg 1961, S.285

Ders.:

Der Zukunftserfolg bei der Unternehmungsbewer-
tung, ZFB 1961, S.483

Barz, Carl-Hans:

Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personal-
gesellschaften, JW 1938, S.490

Baumbach-Duden:

Kommentar zum HGB, 13. Auflage, München/Berlin
1959

Beste, Theodor:

Die Regelung der Auseinandersetzungsfrage in
den Gesellschaftsverträgen der Personalgesell-
schaft, ZfHf 1924, S.97

Blümich-Falk:

Kommentar zum EStG Bd.2, §§ 13-52,
8.Auflage, Berlin/Frankfurt 1959

Böhle-Stamschräder:

Kommentar zum Anfechtungsgesetz, 2.Auflage,
München/Berlin 1956.

Zitiert: Böhle-Stamschräder AnFG

Ders.:

Kommentar zur KO, 5.Auflage,
München/Berlin 1958.

Zitiert: Böhle-Stamschräder KO

v.Boenigk:

Verkehrssprache und Gerichtssprache -
Eine Umfrage bei bekannten Schriftstellern,
DJZ 1910, S.458

Boesebeck, Ernst:

Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesell-
schaften (Frankfurter Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen Nr.2), Frankfurt 1937

Brand:

Kommentar zum HGB, Berlin 1911

Broenner, Herbert:

Die Besteuerung der Gesellschaften,
Stuttgart 1950

Ders.:

Die Besteuerung der Gesellschaften, Ergänzungs-
band 1959, Stuttgart 1959

Bühler, O.:

Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne,
3.Auflage, Berlin/Frankfurt 1956

Busse v.Colbe:

Der Zukunftserfolg, Wiesbaden 1957

Bußmann, K.F.:

Die Funktion des Wagnisses bei der Unternehmens-
wertermittlung, ZFB 1950, S.702

Ders.:

Das betriebswirtschaftliche Risiko,
Meisenheim a.Glan 1955

Coing, H.:

Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten" (§ 138, § 826 BGB), NJW 1947/1948, S.213

Cosack:

Das Anfechtungsrecht des Gläubigers, Stuttgart 1884

Ders.:

Buchbesprechung: Krasnopolski: Das Anfechtungsrecht des Gläubigers nach oesterreichischem Recht, Wien 1889, ZHR 37, S.568

Dehler, Rolf:

Die Ausschließung von Gesellschaftern aus der OHG, jur. Diss. Jena 1936

Dick, Otto:

Der "Verstoß gegen die guten Sitten" und die gerichtliche Praxis, BürgA 33, S.74

Diehl:

"Wert und Werttheorie", WV

Dieterich:

Unternehmenswert - Betriebsvergleich - offene und stille Reserven, Wpg 1956, S.193

Diez, Werner:

Der Kapitalisierungsfaktor als Bestandteil der Ertragswertrechnung bei der Gesamtbewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen, Wpg 1955, S.2.

Düringer-Hachenburg:

Kommentar zum HGB, I.Band, Allg.Einl. zu §§ 1 - 104, erläutert von Geiler u.a.
3.Auflage, Mannheim/Leipzig/Berlin 1930

Ders.:

Kommentar zum HGB, II.Band, 2. Hälfte (§§ 105-177, 335-342), erläutert von Julius Flechtheim, 3.Auflage, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932

Enneccerus-Lehmann:

Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearbeitung, Tübingen 1958

Enneccerus-Nipperdey:

Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I.Band, 1.Halbband, 14.Auflage, Tübingen 1952

Enneccerus-Nipperdey:

Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner
Teil des bürgerlichen Rechts, I. Band, 2. Halbband,
14. Auflage, Tübingen 1955

Erman:

Kommentar zum BGB, 2. Auflage, Münster 1958

Flume:

Besprechung: Harry Westermann: Interessenkollisionsen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Schriftenreihe Heft 11) AcP 154, S. 560

Forster, K.H.:

Kritische Ertragsdauer und Konkurrenzgefahr bei Bewertung von Unternehmungen, NB 1953, S. 110

Gelhausen, F.:

Probleme der Bewertung von Unternehmen,
Wpg 1948, Nr. 9 S. 5

Ders.:

Unternehmensbewertung und Gewinnsteuern,
Wpg 1953, S. 73

Geßler:

Ausschluß des Kündigungsrechts bei Personengesellschaften, SozPrax 1939, S. 670

Giesecke:

Höchst Richterliche Grundsätze für die Schätzung des Unternehmenswertes, ZAKDR 1942, S. 72

v. Godin, Reinhard:

Über den Auseinandersetzungsanspruch des aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters, JW 1936, S. 3512

Ders.:

Einzelfragen aus dem Recht der OHG,
JR 1948, S. 61

Goldmann:

Kommentar zum HGB, II. Band, Berlin 1905

Greiner, G.:

Kritische Ertragsdauer und Konkurrenzgefahr bei der Bewertung einer Unternehmung, NB 1951, S. 21

Großmann, H.:

Neue Forschungsergebnisse zur theoretischen und
praktischen Handhabung des Goodwill,
ZFB 1933, S.449

Günther, W.:

Zur Ermittlung des Unternehmensertragswertes,
DB 1961, S.988

Gutenberg, Erich:

"Geschäftswert", HWB I 1938

Hagest, Karl:

Die Ermittlung des Wertes von Unternehmungen,
Wpg 1950, S.193

Hahn:

Die gesamten Materialien zur Konkursordnung,
Berlin 1881

Hahn-Mugdan:

Die gesamten Materialien zu den Reichsjustiz-
gesetzen, VI. Band, Materialien zum HGB,
Berlin 1897

Harrer, H.:

Das Unsicherheitsmoment beim Ertragswert -
Versuch seiner rechnerischen Abgrenzung,
DB 1956, S.309

Hartmann, Bernhard:

Zur Praxis der Unternehmenswert-Ermittlung,
in: Aktuelle Betriebswirtschaft - Festschrift
für Konrad Mellerowicz, Berlin 1952, S.178

Hast, Carl:

Die Neubewertung von Anlagen - Der Einfluß der
Ertragsselemente, DB 1949, S.121

Haupt-Reinhardt:

Gesellschaftsrecht, 4.Auflage, Tübingen 1952

Heins:

Betrachtungen zum Recht der OHG - Zugleich
eine Besprechung des neuen Buches von Hueck,
NJW 1948, S.252

Hermann, Gerhard:

Rechtliche, betriebswirtschaftliche und steuerli-
che Fragen bei der Abfindung des aus einer OHG
ausscheidenden Gesellschafters, wirtsch.- und
sozialwiss.Diss., Nürnberg 1950

Heymann-Kötter:

Kommentar zum HGB, 20. Auflage, Berlin 1950

Hueck, Alfred:

Der Treuegedanke im Recht der OHG, in:

Jenaer Festschrift für Hübner 1935

Zitiert: Hueck Treuegedanke OHG

Ders.:

Der Treuegedanke im modernen Privatrecht,
München 1947

Zitiert: Hueck Treuegedanke Privatrecht

Ders.:

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft,
2. Auflage, Berlin 1951

Zitiert: Hueck OHG

Ders.:

Das Gesellschaftsrecht, 9. Auflage,
München 1959

Zitiert: Hueck Gesellschaftsrecht

Husemann, H.:

Bewertung von Unternehmungen auf Grund von
DM-Bilanzen, DB 1951, S.41

Ders.:

Ermittlung des Ertragswertes bei Unternehmungen,
DB 1951, S.137

Ders.:

Errechnung des Mittelwertes aus Ertragswert und
Substanzwert bei der Unternehmensbewertung,
DB 1951, S.329

Jacob, Herbert:

Die Methoden zur Ermittlung des Gesamtwertes
einer Unternehmung, ZFB 1960, S.131 und S.209

Ders.:

Der Zukunftserfolgsbegriff und die Verfahren
der Unternehmensbewertung, ZFB 1961, S.231

Jaeger, E.:

Gläubigeranfechtung, 2. Auflage, Berlin 1938

Zitiert: Jaeger

Jaeger-Lent:

Kommentar zur KO, 8. Auflage, Berlin 1958

Zitiert: Jaeger-Lent

Jonas, H.:

Einige Bemerkungen zur Bestimmung des Verkehrswertes von Unternehmungen, ZFB 1954, S.18

Ders.:

Die Bestimmung des zukünftigen Reinertrages bei der Unternehmungsbewertung, ZFB 1954, S.168

Ders.:

Die Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes bei der Unternehmungsbewertung, ZFB 1954, S.488

Ders.:

Scheinprobleme bei der Bestimmung des Unternehmungswertes, Wpg 1954, S.531

Kenntemich:

Unternehmenswert - Probleme und Methoden seiner Bestimmung, Wpg 1956, S.193

Kersten-Küntzel:

Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7.Auflage, Köln/Berlin 1953

Klanke, Hans:

"Rechnungswesen", HWB III 1960

Klein, Walter:

Das Abfindungsguthaben des ausscheidenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, jur.Diss. München 1947

Klinger, K.:

Die Problematik der Unternehmungs-Ertragswert-Berechnung unter dem Aspekt der Gewinnbesteuerung, Wpg 1953, S.1 und S.217

Ders.:

Zur Ermittlung des Unternehmungs-Ertragswertes, DB 1961, S.577

Knöchlein, G.:

Abfindungsvereinbarungen bei Personalhandelsgesellschaften, DNotZ 1960, S.452

Knoke, P.:

Recht der Gesellschaft nach dem BGB, Jena 1901

Kobs, Erwin:

Austritt aus Personalgesellschaften, Herne / Berlin 1959

Koch, Helmut:

Zur Diskussion über den Kostenbegriff, ZfhF 1958, S.355

Koch, Helmut:

"Betriebsgröße", Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, herausgegeben von E.v.Beckerath u.a., 2.Band, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1959, S.82

Ders.:

Zur Problematik des Teilwertes, ZfhF 1960, S.319

Koehler, Herbert:

Die Auseinandersetzung in der offenen Handelsgesellschaft, Berlin 1941

Kolbe, Kurt:

Gesamtwert und Geschäftswert der Unternehmung, Köln/Opladen 1954

Kornitzer:

Gedanken zum Begriffe der "Benachteiligungsabsicht" im AnfG, GrünhutsZ 15, S.585

Krah, R.:

Kaufpreisrenten und Kaufpreisraten bei der Einkommensbesteuerung, BB 1961, S.1370

Krause:

Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 1955 S.265

Krönke, H.:

Reproduktionswert, Ertragswert und Gesamtwert der Unternehmung, ZFB 1951, S.140

Lackmann, Fritz:

Theorien und Verfahren der Unternehmungsbewertung, Berlin 1955

Larenz, Karl:

Lehrbuch des Schuldrechtes, I.Band, Allg. Teil, 2.Auflage, München/Berlin 1957

Leffson, U.:

Die Berücksichtigung von Konjunkturschwankungen bei der Ermittlung des Ertragswertes von Unternehmungen, ZfhF 1950, S.160

Lehmann, Heinrich:

Allgemeiner Teil des BGB, 10.Auflage, Berlin 1957

Zitiert: Lehmann BGB

- Lehmann, Heinrich:
Gesellschaftsrecht, 2.Auflage, Berlin/Frankfurt
1959
Zitiert: Lehmann Gesellschaftsrecht
- Lehmann, M.R.:
Die Ergebnisse der Wertschöpfungsrechnung
als Hilfsgrößen bei der Feststellung des
Ertragswertes ganzer Unternehmungen,
Wpg 1951, S.265
- Ders.:
Allgemeine Grundsätze für die Bewertung gan-
zer Unternehmungen, ZFB 1954, S.65 und S.465
- Lehmann-Ring:
Kommentar zum HGB, I.Band, Berlin 1914
- Lenel, H.O.:
Ertragssteuern und Vermögensabgabe bei der Be-
wertung von Unternehmungen, Wpg 1953, S.153
- Levin:
Empfiehl es sich, das Recht der Gläubigeran-
fechtung, insbesondere auch mit Rücksicht auf
die Verträge unter Ehegatten oder eines Ehegat-
ten mit einem Dritten zugunsten des anderen Ehe-
gatten einer Änderung zu unterziehen? 32.DJT
S.35
- Liebl, J.:
Der Ertragswert der Unternehmung und die Gewinn-
steuern, BFuP 1953, S.20
- Linden, H.J.:
Cash flow oder Reingewinn? Wertpapier 1962,
S.3
- Locher:
Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121,
S.1
- Marcus:
Zur Natur des Kündigungsrechtes in den Fällen
der §§ 725 BGB, 135 HGB, 66 GenG, JW 1907,
S.539
- Mellerowicz, Konrad:
Der Wert der Unternehmung als Ganzes, Essen 1952
- Ders.:
Zur Problematik der Bewertung des Unternehmungs-
ganzen, Wpg 1953, S.199

Mellerowicz, Konrad:

Zur Problematik der Bewertung des Unternehmungs-
ganzen, Wpg 1955, S.54

Möhle, Herbert:

Die Personengesellschaft, Stuttgart 1950

Ders.:

Der Einfluß der Abschreibung auf den Unterneh-
mungswert, ZFB 1950, S.647

Molitor, E.:

Die Kündigung, 2.Auflage, Mannheim 1951

Münstermann, Hans:

"Bewertung ganzer Unternehmungen", HWB I 1956

Ders.:

"Firmenwert", HWB II 1958

Mugdan, B.:

Die gesamten Materialien zum BGB,
I.Band EG und Allg. Teil, Berlin 1899

Ders.:

Die gesamten Materialien zum BGB,
II.Band Recht der Schuldverhältnisse,
Berlin 1899

Nehm, E.:

Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht
(Abhandlungen zum Bürgerlichen-, Handels- und
Arbeitsrecht, Heft 12, Herausgeber Hoeningner),
Mannheim/Berlin/Leipzig 1933

Neufeld-Schwarz:

Kommentar zum HGB, I.Band (Schwarz),
Berlin 1931

Neuss, K.:

Die Ausschließung von Gesellschaftern bei den
Handelsgesellschaften, insbesondere bei der offe-
nen Handelsgesellschaft, jur.Diss. Köln 1935

Oertmann, Paul:

Kommentar zum BGB, §§ 607-853,
3./4.Auflage, Berlin 1910

Ottel, Fritz:

Die Kapitalgesellschaft in der "Gesellschaft",
ZFB 1961, S.137

Palandt:

Kommentar zum BGB, 20.Auflage, Mannheim/Berlin
1961

Paulus, Gotthard:

Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung,
AcP 155, S.277

Pohmer, D.:

Zum Problem des Einflusses gewinnabhängiger
Steuern auf die Unternehmenswertberechnung,
Wpg 1955, S.437

Potthoff-Zintzen:

Die Gesellschaftsverträge der Personalgesell-
schaften, 2.Auflage, Köln/Opladen 1953

Prion, Walter:

Zum Problem der angemessenen Abfindung bei Um-
wandlung der Aktiengesellschaft in eine Per-
sonengesellschaft, ZfHf 1939, S.402

Przibilla:

Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Recht-
sprechung und Gesetzgebung, JW 1911, S.300

Rahmann, John:

Praktikum der Finanzmathematik, Hamburg 1957

Raiser, Ludwig:

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Hamburg o.J.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, I.Band, 1. Teil,

§§ 1 - 240, erläutert von Krüger, Nieland u.a.

11. Auflage, Berlin 1959

Zitiert: RGRK BGB

Ders.:

Kommentar zum BGB, I. Band, 2. Teil,
§§ 241-432, erläutert von Nastelski,

11. Auflage, Berlin 1960

Zitiert: RGRK BGB

Ders.:

Kommentar zum BGB, II. Band, 2. Teil,

§§ 705-853, erläutert von Fischer u.a.,

11. Auflage, Berlin 1960

Zitiert: RGRK BGB

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB, II. Band,
§§ 105-177, 335-342, erläutert von
Otto Weipert, 1.Auflage, Berlin 1942
Zitiert: RGRK HGB 1.A.

Ders.:

Kommentar zum HGB, II. Band,
§§ 105-177, 335-342, erläutert von
Otto Weipert, 2.Auflage, Berlin 1950
Zitiert: RGRK HGB

Reithmann, Chr.:

Die Wertsicherungsklausel in der neueren
Rechtsprechung, DNotZ 1960, S.172

Rieger, Wilhelm:

Einführung in die Privatwirtschaftslehre,
2.unveränderte Auflage, Erlangen 1959

Riehl:

System des Deutschen Gläubigeranfechtungs-
rechtes - Kritische Studien,
Gruchot 53, S.161

Ritter, Carl:

Kommentar zum HGB, 2.Auflage, München/
Berlin 1932

Röll, Ludwig:

Grundstücksverkauf gegen lebenslängliche
Rente, Ziff.1 Die Verrentung von Kauf-
preisen, Ziff. 2 Wertsicherungsklauseln,
DNotZ 1960, S.196

Rummel, K.:

Die Verfahren zur Ermittlung des Zeitwertes
(Substanzwertes) von Industrie-Anlagen,
ZfHf 1949, S.288

Saage, Gustav:

Handels- und Steuerbilanz im Konflikt,
FAZ 18.7.1961

Schlegelberger-Geßler:

Kommentar zum HGB, 2.Band, 3.Auflage,
Berlin/Frankfurt 1955

Schmalenbach, E.:

Die Beteiligungsfinanzierung, 8.Auflage,
Köln/Opladen 1954
Zitiert: Schmalenbach Finanzierung

Schmalenbach, E.:

Dynamische Bilanz, 12.Auflage, Köln/Opladen
1956

Zitiert: Schmalenbach Bilanz

Ders.:

Theoretische Studie über den gemeinen Wert,
ZfHf 1917/1918, S.129

Schmaltz:

"Bewertungslehre", HWB 1926

Schmidt:

Die organische Tageswertbilanz, unveränderter
Nachdruck der 3.Auflage 1929, Wiesbaden 1951

Schneider:

Die Anfechtung im Konkurs, BB 1952, S.533

Schneider-Zärtmann:

Familienunternehmen und Unternehmertestament,
Heidelberg 1955

Schnettler, Albert:

Die Bewertung von Betrieben nach betriebswirt-
schaftlichen Grundsätzen, Wpg 1948,
Nr.7 S.13

Ders.:

Betriebsanalyse, 2.Auflage, Stuttgart 1960

Schönle, Herbert:

Der Abfindungsanspruch des ausscheidenden
OHG-Gesellschafters, DB 1959, S.1427

Schubert, A.:

Berechnung und Verteilung des Geschäftswertes
beim Ausscheiden eines Gesellschafters,
JW 1928, S.595

Schwarze, Paul:

Die Vermögensauseinandersetzung beim Ausscheiden
eines Gesellschafters aus einer Personalgesell-
schaft (Veröffentlichung der Schmalenbach-Ver-
einigung Bd.9), Leipzig 1937

Schweiger, Karl:

Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung,
MDR 1953, S.707

Schweitzer, Robert:

Der Begriff des Geschäftswertes, ZfHwHp 1929,
S.218

- Schweitzer, Robert:
Die Berechnung des Geschäftswertes, ZfHwHp 1930,
S.234 und S.267
- Siebel, Ulf R.:
Erschwerte Kündigung bei der OHG und KG,
DNotZ 1954, S.71
- Sieben, Georg A.:
Die Abfindung des aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters, jur.Diss.
Giessen 1937
- Sieber, Eugen H.:
"Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern",
HwB I 1956
- Siebert, Wolfgang:
Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934
- Soergel-Siebert:
Kommentar zum BGB I.Band, §§ 1-432,
9.Auflage, Stuttgart 1959
- Staub-Pinner:
Kommentar zum HGB, 14.Auflage, Berlin/Leipzig
1932
- Staudinger:
Kommentar zum BGB, I.Band, §§ 1-240,
erläutert von Coing u.a., 11.Auflage,
Berlin 1954 - 1957
- Ders.:
Kommentar zum BGB, II.Band, 1.Teil,
§§ 241-245, erläutert von Weber, 10.Auflage,
Berlin 1940 - 1941
- Ders.:
Kommentar zum BGB, II.Band, 4.Teil,
§§ 705-740, erläutert von Keßler u.a.,
11.Auflage, Berlin 1958
- Stiebeling:
Das Recht der Anfechtung nach der Konkursordnung, Berlin 1908
- Stürcke, Hermann:
Der Konkurs des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft und des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft, jur.Diss. Jena 1936

Sudhoff:

Auseinandersetzungsguthaben und Gesellschafts-
vertrag, NJW 1949, S.88

Ders.:

Berechnung und Verteilung des Liquidations-
erlöses bei OHG und KG, NJW 1957, S.731

Ders.:

Der Gesellschaftsvertrag der Personengesell-
schaften, München/Berlin 1959

Ders.:

Gewinnanteil und Auseinandersetzungsquote
des stillen Gesellschafters, NJW 1960,
S.2121

Thier, Walter:

Steuerrecht der Personengesellschaften,
Berlin 1949

Tittel, Herbert:

Firmenwert und stille Reserven beim Ausscheiden
von Teilhabern aus Personengesellschaften,
BFuP 1949, S.69 und S.166

Ders.:

Einkommensteuerliche Probleme der Teilhaber-
abfindung, BFuP 1949, S.282

Tymkiw, M.M.:

Die Bewertung der Unternehmung als Ganzes,
Diss. Erlangen 1947

Velder, F.:

Die Bewertung von Industrieunternehmungen,
DB 1955, S.925

Viel, Jakob:

Die Ermittlung des Sach- und Ertragswertes bei
der Unternehmungswertberechnung,
Wpg 1954, S.364

Ders.:

Probleme der Bestimmung des Unternehmungswertes,
Wpg 1954, S.241

Ders.:

Stellungnahme zur Kritik Dr.H.Jonas,
Wpg 1954, S.534

Voss, H.:

Unternehmungsbewertung und Abschreibung,
ZfHf 1959, S.260

Voss, H.:

Unternehmensbewertung und Körperschaftssteuer,
ZfhF 1960, S.229

Walb, Ernst:

Betrachtung über Wertarten und stille Reserven
im Zusammenhang mit der Frage der Bewertung von
Unternehmungen und Unternehmungsteilen sowie der
Gesellschafterabfindung, ZfhF 1940, S.1

Warneke, H.:

Unternehmensbewertung und Körperschaftssteuer,
ZfhF 1960, S.519

Weißler, F.:

Formularbuch für die Freiwillige Gerichtsbarkeit,
26.Auflage, Berlin 1935

Westermann, Harry:

Interessenkollisionen und ihre richterliche
Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis
und Forderungen (Juristische Studiengesellschaft
Karlsruhe Schriftenreihe Heft 11), Karlsruhe
1954

Wieacker:

Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242
BGB (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart
Nr.193/194), Tübingen 1956

Wieczorek, Bernhard:

Kommentar zur ZPO, Band IV, Teil 1,
§§ 704-863, Berlin 1958

Wieland, Karl:

Handelsrecht, I.Band, München/Leipzig 1921

Winckelmann, H.:

Zum Einfluß der Gewinnsteuern auf den Unternehmens-
wert, Wpg 1953, S.181

Würdinger, Hans:

Betrachtungen zur Reform der Personalgesellschaften,
AcP 144, S.129

Wurm-Wagner-Zartmann:

Rechtsformularbuch, Straubing 1956

Zartmann:

Die Vertragsgestaltung der offenen Handelsgesellschaft
unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten, NB 1951, S.49

Zelter, G.:

Anfechtung der Erfüllungsgeschäfte, LZ 1907, S.783

Zimmerer, Carl:

Einige Aspekte der praktischen Durchführung von
Unternehmensbewertungen, ZFB 1961, S.170

E i n l e i t u n g

Die erheblichen Unzuträglichkeiten, welche bei dem Ausscheiden von Gesellschaftern regelmäßig sowohl für die verbleibenden Gesellschafter als auch für den ausscheidenden Gesellschafter auftreten, bieten die Veranlassung für die vorliegende Arbeit. Die untersuchten vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches können ein Mittel zur Beseitigung dieser Unzuträglichkeiten darstellen.

Die Formulierung des Themas läßt mehrere Einschränkungen gegenüber einem umfassenderen Themenkomplex erkennen: Es werden nur die vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches bei dem Ausscheiden aus einer OHG geprüft, obwohl die gleiche oder eine ähnliche Problematik auch bei dem Ausscheiden aus anderen Gesellschaften gegeben ist. - Die vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches werden nur für die Fälle des Ausscheidens unter Lebenden untersucht, während die ebenfalls wichtigen Fälle des Ausscheidens von Todes wegen außerhalb der Untersuchung bleiben. - Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die Arbeit sich nicht auf sämtliche bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters entstehenden Rechtsverhältnisse erstreckt, aus denen sich Unzuträglichkeiten ergeben (vgl. §§ 738 ff. BGB mit § 105 II EGB). Die Untersuchung beschränkt sich auf den Abfindungsanspruch i.S.d. § 738 I 2 a.E. BGB. Die genannten Einschränkungen sind notwendig, um die Untersuchung nicht zu sehr auszuweiten. Es besteht auch durchaus eine Möglichkeit für die Einschränkungen, ohne daß die Untersuchung durch eine Unvollständigkeit gekennzeichnet wäre. Die Einschränkung auf eine einzige Gesellschaftsform ist ohne weiteres einsichtig. Die beiden anderen ausgelassenen Bereiche weisen eine grundlegend andere Problematik auf.

Für die Erreichung des Untersuchungszweckes ist zu beachten, daß die vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches von zwei Gruppen gesetzlicher Bestimmungen beeinflußt werden: Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Gestaltung des Abfindungsanspruches für den Fall festlegen, in dem eine vertragliche Regelung nicht getroffen wird, lassen erkennen, ob und inwieweit ein Bedürfnis für vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches gegeben ist. Soweit die Anforderungen auf Beseitigung der Unzuträglichkeiten von den gesetzlichen Bestimmungen erfüllt werden, sind vertragliche Regelungen überflüssig. - Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Möglichkeit vertraglicher Regelungen des Abfindungsanspruches begrenzen, schränken die Möglichkeiten der Beseitigung von Unzuträglichkeiten ein.

Aus der Verbindung der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches mit diesen beiden Gruppen von gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich eine Dreiteilung der Untersuchung: Zunächst wird geprüft, ob und inwieweit ein Bedürfnis für vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches besteht. Nach einer Aufstellung von Anforderungen wird die Gestaltung der gesetzlichen Regelung des Abfindungsanspruches untersucht und auf die Schwächen der Regelung hingewiesen. Anschließend wird die Regelung zusammenfassend auf die Erfüllung der Anforderungen hin beurteilt (Erster Teil). Da die gesetzliche Regelung, wie die Untersuchung zeigen wird, den aufgestellten Anforderungen im Regelfalle nicht entspricht, werden die Möglichkeiten für vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches aufgestellt und ebenfalls auf die Erfüllung der Anforderungen hin untersucht (Zweiter Teil). Schließlich werden die für die einzelnen Fälle des Ausscheidens in Literatur und Rechtsprechung genannten Begrenzungsvorschriften im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich und ihren Inhalt untersucht. Wegen des speziellen Untersuchungszweckes sind nur solche Begrenzungen

von Belang, welche sich allein aus einer bestimmten Gestaltung der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches für einen bestimmten Fall des Ausscheidens ergeben. Begrenzungen, welche durch andere Umstände entstehen, die also jeden Vertrag ergreifen können, sind nicht zu untersuchen (Dritter Teil).

ERSTER TEIL

Bedürfnis für vertragliche Regelungen des Abfindungs - anspruches

Erster Abschnitt

Anforderungen an eine Regelung des Abfindungsanspruches

Anforderungen können von verschiedenen Standpunkten aus aufgestellt werden. Die Anforderungen, welche der Gesetzgeber oder verschiedene Interessenten wie Steuerfiskus, Arbeitnehmer, Konsumenten, ausscheidender Gesellschafter, verbleibende Gesellschafter erheben, werden regelmäßig nicht übereinstimmen. Der endgültige Untersuchungszweck richtet sich auf ein Mittel für die Beseitigung von Unzuträglichkeiten, welche für die verbleibenden - und den ausscheidenden Gesellschafter entstehen können. Als Mittel für die Beseitigung der Unzuträglichkeiten werden vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches untersucht. Es erscheint daher zweckmäßig und sinnvoll, wenn die Anforderungen vom Standpunkt der die vertragliche Regelung treffenden Gesellschafter, die als vernünftige Kaufleute zu denken sind, aufgestellt werden. ¹⁾

Die OHG zeigt von allen gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlüssen die intensivste Verbundenheit der Gesellschafter. Die Gesellschafter engagieren sich nicht nur kapitalmäßig mit ihrer Kapitaleleistung, son-

1) Die von einigen Autoren aus volkswirtschaftlichen Erwägungen aufgestellten Anforderungen (Hermann S.9, Sieber HWB I 1956, 301 f.) sind für die Arbeit daher unbeachtlich.

dern auch persönlich durch ihre Haftungs- und Arbeitsleistung. ¹⁾ Durch diese umfangreiche und intensive Beteiligung der Gesellschafter entsteht eine derartig enge Bindung, daß nur eine Gesellschaft von erheblicher Dauer angemessen erscheint. Der Wunsch der Gesellschafter, eine möglichst lange Bindung zu erreichen, wird noch dadurch gefördert, daß die Gesellschafter die Arbeitsleistung für die OHG zugleich als Ausübung ihres Berufes ansehen. Mit Wegfall der OHG würden die Gesellschafter also zunächst einmal die Möglichkeit zu beruflicher Betätigung verlieren. In erster Linie erstreben die Vertragsschließenden daher die Erhaltung eines gesunden Unternehmens in allen Krisen, insbesondere auch im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters. ²⁾

Andererseits zieht jeder Gesellschafter auch die Möglichkeit seines eigenen Ausscheidens aus der Gesellschaft in Betracht. Die Höhe und der Auszahlungszeitpunkt des Abfindungsanspruches dürfen daher nicht allein nach dem Interesse an der Erhaltung des gesunden Unternehmens ausgerichtet sein. Die Rücksichtnahme auf die Belange des Ausscheidenden wird jedoch nur sekundär beachtet, da jeder Gesellschafter - von Sonderfällen abgesehen - mit seinem eigenen Verbleiben in der Gesellschaft rechnet.

Wenn die meisten Autoren die Gerechtigkeit der Abfindung in den Vordergrund stellen, "da die Abfindung als Gegenleistung für die den anderen Gesellschaftern überlassene Beteiligung anzusehen ist" ³⁾, so dürfte das nur den Standpunkt des Gesetzgebers wiedergeben. Der Wunsch der Vertragsschließenden wird dagegen

1) Vgl. Hueck Treuegedanke Privatrecht S.13.

2) Schwarze S.9, Beste ZfHf 1924 S.112, Tittel BFuP 1949 S.72, Potthoff - Zintzen S.114.

3) Staudinger § 738,4. Auch Schwarze S.8, Potthoff-Zintzen S.114.

durch eine Bevorzugung des Grundsatzes der formalen Gerechtigkeit nicht erfüllt, weil die Erhaltung des gesunden Unternehmens damit gefährdet ist.¹⁾

Einige Autoren verwenden den Ausdruck "Gerechtigkeit" auch nicht in diesem formalen Sinne, sondern an Stelle von "Angemessenheit".²⁾ Gerecht ist die Abfindung danach, wenn sowohl die Interessen der verbleibenden Gesellschafter wie die des ausscheidenden Gesellschafters berücksichtigt werden. Auch die Meinung dieser Autoren dürfte mit dem Willen der Vertragsschließenden nicht übereinstimmen, da sie das Interesse an der Erhaltung des Unternehmens dem Interesse des Ausscheidenden nicht überordnet.

Neben der Erhaltung des Unternehmens muß die Einfachheit der Regelung als Hauptanforderung angesehen werden.³⁾ Durch eine einfache Regelung können die Kosten für die Bewertung des Gesellschaftsvermögens, die nach § 738 BGB im Falle des Ausscheidens zu erfolgen hat, u.a. dadurch niedrig gehalten werden, daß nur eine geringe oder überhaupt keine Inanspruchnahme eines Sachverständigen notwendig wird.

Wichtiger ist, daß nur bei einer einfachen Regelung eine frühzeitige Berechnung des Abfindungsanspruches möglich ist. Nur wenn die Höhe des Anspruches zumindest ungefähr bekannt ist, kann ein Gesellschafter entscheiden, ob er ausscheiden soll oder nicht. Auch die rechtzeitige Auswahl und Ausnutzung einer neuen Kapitalanlage sind für den Ausscheidenden anderenfalls nicht möglich, zumal er - von Ausnahmen abgesehen -

1) Vgl. Knöchlein DNotZ 1960 S.463, der den Nachteil der Ungerechtigkeit für andere Vorteile in Kauf nimmt.

2) Tittel BFuP 1949 S.72, Hermann S.9.

3) So Beste ZfHf 1924 S.112, Potthoff-Zintzen S.114, Klein S.69.

vor Feststellung des Abfindungsanspruches auch nicht die Zahlung eines Teilbetrages verlangen kann.¹⁾ Dem Ausscheidenden dürfte es daher mehr nützen, frühzeitig zu erfahren, daß er eine geringere Abfindung erhält, als daß nach langwierigen Berechnungen ein höheres Guthaben festgestellt wird.²⁾

Auch für die verbleibenden Gesellschafter ist die frühzeitige Überschaubarkeit der mit dem Ausscheiden auf das Unternehmen zukommenden Verbindlichkeit vorteilhaft. Das zur Auszahlung des Abfindungsguthabens notwendige Kapital dürfte als liquide Mittel kaum jemals vorhanden sein. Die verbleibenden Gesellschafter müssen daher entweder Kapital in irgendeiner Form aufnehmen oder aber den Kapitalbedarf des Unternehmens verringern. Gerade wenn solche wichtigen Entscheidungen zu treffen sind, wie die Wahl zwischen Aufnahme von Fremdkapital oder Eigenkapital oder Teilliquidation und dadurch folgende starke Geschäftsverkleinerung, kann die frühzeitige Kenntnis der Anspruchshöhe Verluste vermeiden. Es besteht die Gefahr, daß das Unternehmen in Unkenntnis der Anspruchshöhe in zu großem Umfang fortgeführt wird oder daß der Unternehmer sich infolge der Unkenntnis in allen Dispositionen lähmen läßt und das Unternehmen nicht mehr vital geführt wird.³⁾

Die Verzögerung der Berechnung des Abfindungsanspruches wird noch verstärkt, wenn die Regelung nicht eindeutig ist, wenn sie also mehrere Ergebnisse zuläßt.⁴⁾

1) St.Rspr.: HRR 1939 Nr.937, RGZ 118,229, BGH DB 1959 S.828, Schönle DB 1959 S.1427.

2) Vgl. Klein S.68. Beachte auch Potthoff-Zintzen S.114, der ein Verfahren erwähnt, das von 1927-1941 dauerte, wenn diese Verzögerung auch nicht allein wegen der Kompliziertheit, sondern auch wegen der noch zu besprechenden Nichteindeutigkeit erfolgte.

3) Klein S.68 f.

4) Vgl. das schon erwähnte Verfahren, das von 1927 - 1941 dauerte (Potthoff-Zintzen S.114). In jüngster Zeit beachtenswert der Fall Knorr (FAZ 3.12.1960).

Dadurch werden Rechtsstreitigkeiten geradezu provoziert. ¹⁾ Neben der Verzögerung bringen diese langwierigen Prozesse den Nachteil hoher Kosten, eines großen Zeitaufwandes und, nicht zu vergessen, einer ungeheuren psychischen Belastung. Es liegt auf der Hand, daß dem Ausscheidenden mit einem eindeutigen, niedrigeren Anspruch eher gedient ist als mit einem noch so hohen Anspruch, der von den verbleibenden Gesellschaftern durch alle Instanzen hindurch bekämpft wird.

Zu beachten sind auch die steuerrechtlichen Konsequenzen des Ausscheidens. ²⁾ Eine Regelung des Abfindungsanspruches soll so beschaffen sein, daß sich hinsichtlich der Einkommenssteuer, in geringerem Maße auch hinsichtlich der Vermögenssteuer optimale Konsequenzen zeigen. ³⁾

Daneben können Gesichtspunkte wie Ansporn zu einem betriebspolitisch optimalen Verhalten ⁴⁾ und Bestrafung des Ausscheidenden bzw. Belohnung der Verbleibenden eine gewisse Bedeutung haben.

Die Regelung des Abfindungsanspruches muß demnach in erster Linie die Erhaltung des gesunden Unternehmens berücksichtigen. Daneben sind die Interessen des Ausscheidenden bezüglich der Höhe des Anspruches und der Frühzeitigkeit seiner Auszahlung möglichst weitgehend zu beachten. Die Interessen aller Vertragsschließenden gehen außerdem dahin, daß die Regelung einfach und eindeutig zu sein hat. Schließlich sind auch die steuerrechtlichen Konsequenzen des Ausscheidens zu beachten.

1) Hueck OHG S.297.

2) Potthoff-Zintzen S.192 ff.

3) Die Einwirkungen anderer Steuerarten wie Gewerbesteuer, Umsatzsteuer, Grunderwerbssteuer, Schenkungssteuer (vgl. Potthoff-Zintzen S.192 ff.) sind so minimal, daß die Anforderungen an eine Regelung nicht auf diese Steuerarten ausgerichtet werden.

4) Knöchlein DNotZ 1960 S.463.

Z w e i t e r A b s c h n i t t

Interpretation der gesetzlichen Regelung des Abfindungs- anspruches

Um die gesetzliche Regelung an den aufgestellten Anforderungen messen zu können, muß zunächst der Inhalt der gesetzlichen Regelung festgestellt werden. Die Untersuchung hat sich darauf zu erstrecken, welcher Betrag als Wert des Gesellschaftsvermögens zugrunde zu legen ist (A), wie sich der Anteil des Ausscheidenden an diesem Betrag bestimmt (B) und in welchem Zeitpunkt der anteilige Betrag auszuzahlen ist. Dabei ist im Falle nicht sofortiger Auszahlung noch die Frage der Verzinsung und der Pflicht zur Sicherheitsleistung zu prüfen (C). Schließlich ist die gesetzliche Regelung auf ihre steuerlichen Konsequenzen hin zu untersuchen (D).

A. Der Wert des Gesellschaftsvermögens

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Interpretation der Vorschrift des § 738 BGB, welche i.V.m. § 105 HGB angibt, was im Rahmen der Abfindung bei der OHG als Wert des Gesellschaftsvermögens gilt. Durch die Interpretation sind mit der Vorschrift nicht übereinstimmende Werte sowie der mit ihr übereinstimmende Wert herauszustellen und die diesem Wert entsprechenden Wertermittlungsmethoden zu nennen (I). Im Anschluß daran werden einzelne Wertermittlungsmethoden im Hinblick darauf geprüft, welche Voraussetzungen sie zu erfüllen haben, um mit der Vorschrift des § 738 BGB möglichst weitgehend übereinzustimmen. Dabei sind auch schon Hinweise auf die Schwächen der gesetzlichen Regelung zu geben (II - IV).

I. Interpretation des § 738 BGB hinsichtlich der Begriffe Liquidationswert, Buchwert, wahrer Wert - Ertragswert, Substanzwert, Vergleichswert

Gem. § 738 BGB i.V.m. § 105 HGB haben die verbleibenden Gesellschafter dem Ausscheidenden "dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre" (§ 738 I 2 a.E. BGB). Dabei ist der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln (§ 738 II BGB).

Die Formulierung des § 738 BGB wird unterschiedlich interpretiert. Einige Autoren entnehmen aus der Vorschrift, daß der ausscheidende Gesellschafter auf der Grundlage der Liquidationswerte abzufinden ist ¹⁾, während andere Autoren den Wert zugrundelegen, den die einzelnen Gegenstände "im Rahmen des fortzuführenden Unternehmens" ²⁾ haben. ³⁾

Nach der Auflösung der Gesellschaft wird die Auseinandersetzung gem. § 145 HGB grundsätzlich durch eine Liquidation vorgenommen. Diese Regelung spricht für eine Abfindung auf der Grundlage der Liquidationswerte. Die Auflösung der Gesellschaft kann aber auch eine andere Art der Auseinandersetzung zur Folge haben, nämlich die Veräußerung des Unternehmens als Einheit mit der sich anschließenden Verteilung des Verkaufserlöses.

1) Vor allem Schönle DB 1959 S.1427. Vgl. auch Baumbach-Duden § 138,4 D, die den Wortlaut ebenfalls so verstehen, im Ergebnis aber "entgegen Wortlaut § 738 I 2 BGB" eine abweichende Meinung vertreten. (Vgl. Fußn.3)

2) Hueck OHG S.292.

3) RGZ 106,128 (st.Rspr.), BGHZ 17,136 = DB 1955, S.528. Baumbach-Duden § 138,4 D, Schlegelberger-Geßler § 138,17, RGRK BGB 738,4, Düringer-Hachenburg § 138,10, RGRK HGB § 138,25, Hueck OHG S.292 m.Fußn. 49, Potthoff-Zintzen S.191, Klein S.33, Knöchlein DNotZ 1960 S.460.

Im Zweifel wird die vorteilhafteste Art der Auseinandersetzung erstrebt.¹⁾ Bei lebensunfähigen Unternehmen ist die Liquidation am vorteilhaftesten, bei lebensfähigen Unternehmen die Veräußerung des Unternehmens als Einheit. Im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters kann man ein lebensfähiges Unternehmen unterstellen, da die verbleibenden Gesellschafter das Unternehmen fortführen wollen.²⁾ Es ist also noch dem Wortlaut des § 738 BGB nicht die Liquidation des Gesellschaftsvermögens zu fingieren, sondern die Veräußerung des Unternehmens als Einheit.

Nach dem Wortlaut ist auch der sich aus einer Bilanz ergebende Buchwert des Gesellschaftsvermögens für die Abfindung nicht maßgebend. Durch Schätzung sind vielmehr die sog. wahren Werte zu ermitteln.³⁾ Der Buchwert bleibt im allgemeinen hinter dem "wahren Wert" des Gesellschaftsvermögens zurück, weil er den Geschäftswert und solche Unterbewertungen der Bilanzposten nicht berücksichtigt, welche die Gesellschafter zur Ansammlung von Reserven und zur Ausnutzung steuerlicher Möglichkeiten vorgenommen haben.

Es ist also der "wahre Wert" des Gesellschaftsvermögens durch Schätzung zu ermitteln, wie er sich im allgemeinen durch eine Veräußerung des lebenden Unternehmens im Ganzen zeigt. Die Veräußerung ist dabei für den Zeitpunkt des Ausscheidens zu unterstellen (§ 738 I 2 a.E. BGB). Für den Sonderfall des Ausschlusses

1) RGZ 106,128, RGRK HGB § 138,25, RGRK BGB § 738,4, Knöchlein DNotZ 1960 S.460, Hueck OHG S.292.
Vgl. dagegen Schlegelberger-Geßler (§ 138,17), der bei Auseinandersetzung die Liquidation voraussetzt.

2) Wenn es sich ausnahmsweise um ein lebensunfähiges Unternehmen handelt, sind die Einzelveräußerungspreise zugrunde zu legen (Hueck OHG S.292, Günther DB 1961 S.988. Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.8, Lehmann ZFB 1954 S.73, Husemann DB 1951 S.330, Tymkiw S.45.

3) RG Warn 1909 Nr.138; Schlegelberger-Geßler § 138,17; RGRK HGB § 138,25; Staudinger § 738,4; Baumbach-Duden § 138,4 D; Düringer-Hachenburg § 138,10; RGRK BGB § 738,4; Hueck OHG S.292; Klein S.33.

ist der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgebend. ¹⁾
Während es relativ leicht ist nachzuweisen, daß der Wert des Gesellschaftsvermögens i.S.d. § 738 BGB nicht gleich dem Zerschlagungswert oder dem Buchwert ist, ist es erheblich schwieriger zu bestimmen, durch welche Größen der "wahre Wert" des Gesellschaftsvermögens dargestellt wird.

Ausgehend von der Definition des gemeinen Wertes in §§ 112 f. ALR ²⁾ setzt Schmalenbach den Wert des Gesellschaftsvermögens mit dem zukünftigen wirtschaftlichen Nutzen gleich. ³⁾ Dieser Ausgangspunkt wird weitgehend anerkannt. ⁴⁾

Da der wirtschaftliche Wert einer Sache in ihrem zukünftigen wirtschaftlichen Nutzen besteht, kommt der Sache nicht nur ein einziger Wert zu. Die Sache hat vielmehr entsprechend ihren verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten verschiedene Werte. ⁵⁾ Für ein Unternehmen kommen neben der Ertragsbewirtschaftung die Veräußerung des lebenden Unternehmens im Ganzen und die Veräußerung des Unternehmens in Einzelteilen als Nutzungsmöglichkeiten in Betracht. ⁶⁾

Im Falle des Ausscheidens kann man die Ertragsbewirtschaftung als Nutzungsmöglichkeit ansehen, weil die verbleibenden Gesellschafter das Unternehmen fortführen. Der wirtschaftliche Nutzen und damit der Wert des Gesellschaftsvermögens besteht dann in dem Wert, den die Summe aller künftigen Erträge im Zeitpunkt des Ausscheidens besitzen.

-
- 1) Schlegelberger-Geßler § 138,17; RGRK HGB § 138,24; RG Recht 1929 Nr.1205.
 - 2) Diese Vorschriften des ALR sollen in erster Linie eine Abgrenzung des gemeinen Wertes vom außerordentlichen Wert und dem Wert besonderer Vorliebe liefern, enthalten aber auch eine positive Definition des Begriffes "gemeiner Wert".
 - 3) ZfhF 1917/1918 S.129 ff.
 - 4) Vgl. z.B. Bartke BFuP 1961 S.414.
 - 5) Schmaltz HWB 1926 S.1246.
 - 6) Schmalenbach ZfhF 1917/1918 S.135.

Da gem. § 738 BGB eine Veräußerung des lebenden Unternehmens im Ganzen unterstellt werden soll, kann man auch in dieser Veräußerung die für die Bewertung maßgebende Nutzensmöglichkeit sehen. Der Wert des Gesellschaftsvermögens oder der zukünftige wirtschaftliche Nutzen besteht dann in dem Verkaufspreis. Dabei kommt es nicht auf einen in einem konkreten Fall erzielbaren Preis an, sondern auf einen von allen persönlichen Verhältnissen ¹⁾ bereinigten Preis. ²⁾ Der Käufer und der Verkäufer, die sich nur nach den objektiven Gegebenheiten richten, werden einen Preis in Höhe des Wertes festsetzen, den alle zukünftigen Erträge am Bewertungsstichtag haben. In dieser Höhe geht dem Verkäufer ein wirtschaftlicher Nutzen verloren, während er dem Käufer dementsprechend zukommt.

Die beiden für den Ausscheidensfall regelmäßig in Betracht kommenden Nutzensmöglichkeiten, die Ertragsbewirtschaftung und die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen, erbringen einen wirtschaftlichen Nutzen in Höhe der Erträge. ³⁾

Die Übereinstimmung der zukünftigen Erträge mit der allein maßgeblichen Komponente des gesuchten wirtschaftlichen Wertes, dem wirtschaftlichen Nutzen, beweist die theoretische Richtigkeit der sog. Ertragswertmethode. Nach dieser Methode ist der wirtschaftliche Wert des Gesellschaftsvermögens gleich dem Barwert aller Erträge, die mit dem Unternehmen in Zukunft erwirtschaftet werden können. Um von vornherein falsche Vorstellungen auszuschalten, erscheint der Hinweis notwendig, daß der Ertrag i.S. eines wirtschaftlichen Nutzens und nicht i.S. des in der Bilanz ausgewiesenen Reinertrages oder Gewinnes zu verstehen ist.

Die Richtigkeit der Ertragswertmethode wird von den meisten betriebswirtschaftlichen Autoren anerkannt.

1) Zu denken ist an Täuschung des Käufers über Bewertungsmöglichkeit, Verhandlungsgeschick, Prestige usw.

2) Schmalenbach ZfhF 1917/1918 S.137 f.

3) Vgl. Schmalenbach ZfhF 1917/1918 S.137 f.

Wenn die theoretische Richtigkeit bezweifelt wird, so liegt das vor allem daran, daß die maßgebliche Komponente des Wertes, der wirtschaftliche Nutzen, außer acht gelassen wird. So meint Fluch ¹⁾, zwei Unternehmen mit dem gleichen Ertrag könnten nicht den gleichen Wert haben, wenn den Sachanlagen des einen ein weit höherer Wert zuzumessen ist als denen des anderen Unternehmens. Bei näherer Betrachtung erscheint es aber durchaus einsichtig, daß die beiden Unternehmen gleichwertig sein können. Wenn der höhere Wert der Sachanlagen durch eine Fehlinvestition erreicht worden ist, wird der wirtschaftliche Nutzen und damit der Wert dadurch nicht erhöht.

Die Ablehnung der Ertragswertmethode durch Viel ²⁾ und Walb ³⁾ ist aus ähnlichen Gründen unrichtig. Bezeichnend ist das von Viel gebrachte Beispiel: Zwei Unternehmen mit gleichem Ertrag, von denen das eine wertvolle, unbenutzte Grundstücke besitzt, können nicht den gleichen Wert haben. Dieser Ansicht von Viel ist insofern zuzustimmen, als den beiden Unternehmen nicht der gleiche Wert zukommen kann. Zu diesem Ergebnis kommen jedoch auch die Verfechter des Ertragswertes. Da sie den Ertrag nicht nur i.S. eines "ordentlichen" Ertrages annehmen, sondern den durch eine Grundstücksveräußerung erzielten außerordentlichen Ertrag als wirtschaftlichen Nutzen mitumfassen, weisen die beiden verglichenen Unternehmen nicht mehr gleiche Erträge auf. Der Wertunterschied ergibt sich damit auch aus der Ertragswertmethode. ⁴⁾

1) a.a.O. S.37.

2) Wpg 1954 S.365.

3) ZfhF 1940 S.5.

4) Gegen die Ansicht von Viel und Walb auch ausdrücklich Jonas Wpg 1954 S.531 ff.

In der juristischen Literatur und in der Rechtsprechung wird die Maßgeblichkeit des Ertragswertes weitgehend abgelehnt. ¹⁾ Nach Schmalenbach ²⁾ ist das damit zu erklären, daß der wirtschaftliche Nutzen ziffernmäßig kaum faßbar erscheint, so daß vorausschaubare Gerichtsentscheidungen als nicht möglich gelten. Die Ablehnung beruht also auf der richtigen Einsicht, daß die Ertragswertmethode nicht oder kaum praktikabel ist. Unterstützt durch die schon genannten falschen Auffassungen in der Betriebswirtschaftslehre stellen die juristischen Autoren auf die Summe der Werte aller einzelnen Güter des Unternehmens ab. Dieser sog. Substanzwert ³⁾ bestimmt sich vornehmlich nach den Kosten, welche die Güter in der Vergangenheit erfordert haben.

Gegen die Maßgeblichkeit des Substanzwertes ergeben sich zweierlei theoretische Bedenken. Da allein der wirtschaftliche Nutzen den Wert bestimmt, kann es nicht darauf ankommen, was das Gesellschaftsvermögen gekostet hat. ⁴⁾ Es leuchtet ein, daß ein Unternehmen nicht allein deswegen einen größeren Wert haben kann,

-
- 1) Schlegelberger-Geßler § 138,17; Brand § 138; Goldmann § 138,18; RGRK BGB § 738,4. Nicht ausschließlich für den Ertragswert Palandt § 738,2 c; Staudinger § 738,8; RG ZAKDR 1942 S.74. Vgl. dagegen Hueck OHG S.293 f. und Giesecke ZAKDR 1942 S.74, die allein den Ertragswert für maßgebend halten.
 - 2) ZfHf 1917/1918 S.141 ff., vor allem S.151.
 - 3) Neben diesem Begriff auch gebräuchlich: Sachwert (Viel Wpg 1954 S.243; Lehmann ZFB 1954 S.70), Reproduktionskostenwert (Viel Wpg 1954 S.365), Reproduktionswert (Schmalenbach Finanzierung S.61), Rekonstruktions(kosten)wert (Tittel BFuP 1949 S.77). Als Gegensatz zum Gesamtproduktionswert, der den Geschäftswert umfaßt, Teilreproduktionswert. Weiter: Wert der Realien, Wert der Einzelteile, Vermögenswert (Sudhoff NJW 1949 S.88 ff.).
 - 4) Richtig der Hinweis von Schmalenbach (Finanzierung S.36), daß nur für den Liebhaberwert, nicht aber für den wirtschaftlichen Wert vergangene Tatsachen erheblich sind.

weil sein Vermögen mehr gekostet hat, wenn dadurch nicht gleichzeitig der wirtschaftliche Nutzen beeinflußt wird. ¹⁾

Das zweite Bedenken richtet sich gegen die Auffassung, daß der Gesamtnutzen durch die Summierung von Einzelwerten ausgedrückt werden kann. Da ein Unternehmen gerade erst durch die Verbindung von Einzelteilen seinen spezifischen Wert erhält, kann für die Bewertung diese Verbindung nicht hinweggedacht werden, ohne daß dann auch der spezifische Wert des Gesellschaftsvermögens wegfielen. ²⁾

In Sonderfällen kann der wirtschaftliche Nutzen als Verkaufspreis durch Vergleichspreise, also ohne Kenntnis der Zukunftserträge ermittelt werden. Voraussetzung ist, daß eine größere Zahl vergleichbarer Unternehmen vorhanden ist, von denen nicht zu selten ein Unternehmen im Ganzen verkauft wird. Man unterstellt dabei, daß mehrere Unternehmen mit gleicher Leistung einen gleichen Wert haben und daß bei unterschiedlichen Leistungen der Wertunterschied dem Leistungsunterschied entspricht. Diese Unterstellung ist jedoch nur berechtigt, wenn die Unternehmen eine gleiche Kostenhöhe aufweisen. ³⁾ Dieser Wert ist gerade für das

-
- 1) Schmalenbach Finanzierung S.58. Vgl. das Beispiel: "Wenn anzunehmen ist, daß die Kohlenpreise in Zukunft nicht genügen werden, um den Zechen die Zinsen und die Abschreibungen auf die Anlagen zu sichern, dann sind die Zechen wirtschaftlich wertlos." Was die Anlagen gekostet haben, ist also unerheblich.
 - 2) Schmalenbach Finanzierung S.58 ff.; Münstermann HWB I 1956 "Bewertung ganzer Unternehmungen"; Schnettler Wpg 1948 Nr.7 S.13; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.5; Hagest Wpg 1950 S.194; Lackmann S.9.
 - 3) Vgl. Schmalenbach Finanzierung S.78 ff.; Schnettler Wpg 1948 Nr.7 S.13 ff.

von einer OHG betriebene Unternehmen grundsätzlich ungeeignet, da bei diesen Unternehmen die Verhältnisse individuell verschieden sind. ¹⁾

Durch die Unterschiedlichkeit der Lehrmeinungen hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Ertragswertes und des Substanzwertes ergibt sich die erste Nichteindeutigkeit in der gesetzlichen Regelung.

II. Ermittlung des Ertragswertes

Nach einer Untersuchung der Formel für ewige Renten als Grundlage der Wertermittlung (1) ist die Ermittlung der beiden Rechengrößen der Formel "Zukunftsertrag" (2) und "Kapitalisierungszinsfuß" (3) herauszuarbeiten. Der mit Hilfe dieser Größen ermittelte Ertragswert ist wegen Nichtbeachtung einiger Faktoren auf den endgültigen Ertragswert hin zu korrigieren (4).

1. Anwendbarkeit der Formel für die ewige Rente

Der Ertragswert ist der Barwert aller Zukunftserträge und eines etwa durch Veräußerung des Unternehmens erzielten Erlöses. Er wird also ermittelt durch Abzinsung dieser Erträge auf den Bewertungsstichtag. Durch Einsetzung der Werte in die Abzin-

1) Vgl. Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.5, der den Vergleichswert ebenfalls nur in seltenen Fällen für anwendbar hält.

sungsformel ergibt sich:

$$W = \frac{E_1}{q} + \frac{E_2}{q^2} + \dots + \frac{E_n}{q^n} + \frac{V}{q^n} \quad 1)$$

Dabei ist W = Wert des Gesellschaftsvermögens,
 $E_1(E_2 \dots E_n)$ = Ertrag oder wirtschaftlicher Nutzen des
1. (2. ... n-ten) Jahres, V = Veräußerungserlös,
 n = Dauer des Ertragszuflusses in Jahren,
 $q = 1 + \frac{p}{100}$, p = Kapitalisierungszinsfuß. 2)

Da es unmöglich ist, die Erträge für jedes zukünftige Jahr gesondert zu ermitteln, muß man von gleichbleibenden Jahreserträgen ausgehen. Dabei wird dieser "Einheitsertrag" nicht durch das arithmetische Mittel aller jährlichen Zukunftserträge gebildet. Wegen des abnehmenden Einflusses der in der fernerer Zukunft liegenden Erträge auf den Barwert ist den Erträgen der näheren Zukunft ein höheres Gewicht beizumessen. 3) Aus diesem Grunde verfälscht die Unterstellung das Ergebnis nicht zu sehr. Wenn man außerdem die Größe V zunächst unberücksichtigt läßt, ergibt sich die gegenüber der Ausgangsform vereinfachte Gleichung:

$$W = \frac{E}{q} + \frac{E}{q^2} + \dots + \frac{E}{q^n} .$$

-
- 1) Diese Formel gilt nur bei der Unterstellung, daß die Erträge am Jahresende zufließen und nicht der Wirklichkeit entsprechend verteilt auf das ganze Jahr. Diese Ungenauigkeit ist relativ gering und kann daher vernachlässigt werden.
 - 2) Vgl. Schmalenbach Finanzierung S.54; Klein S.24.
 - 3) Vgl. die den abnehmenden Einfluß wiedergebende Tabelle bei Schmalenbach Finanzierung S.49. Vgl. auch Gelhausen Wpg 1949 Nr.9 S.9; Jacob ZFB 1960 S.133; Hartmann S.194; Busse von Colbe S.142.

Da die rechte Seite der Gleichung die Summe einer geometrischen Folge darstellt ¹⁾, läßt sie sich folgendermaßen umformen:

$$W = E \cdot \frac{1}{q - 1} \cdot \frac{1 - q^n}{1 - q} \quad . \quad 2)$$

Eine weitere Vereinfachung ist möglich, wenn die Größe n eliminiert werden kann. Der Ertragszufluß endet bei einer Veräußerung des Unternehmens in Einzelteilen (Liquidation) oder bei einer Veräußerung im Ganzen ³⁾ im Veräußerungszeitpunkt. Bei einer ewigen Ertragsdauer endet der Zufluß im Unendlichen. Im letzten Fall ist $n = \infty$.

Dem Fall der ewigen Ertragsdauer ist der Fall der Veräußerung des Unternehmens zu einem Preis, welcher dem Ertragswert im Zeitpunkt der Veräußerung entspricht, hinsichtlich der Größe n gleichzusetzen. ⁴⁾ Diesen Preis kann man bei jeder Veräußerung eines Unternehmens im Ganzen unterstellen. ⁵⁾ Für die Fälle, in denen der Ertragszufluß für den jetzigen Unternehmer durch eine Veräußerung des Unternehmens im Ganzen beendet wird, kann man demnach $n = \infty$ setzen. Dagegen ist der Liquidationsfall dem ewigen Ertragszufluß nur dann gleichzusetzen, wenn der Liquidationszeit-

1) Rahmann S.41.

2) Schmalenbach Finanzierung S.56.

3) Es ist nicht auf die Lebensdauer des Unternehmens abzustellen, weil das Unternehmen in fremder Hand für den jetzigen Eigentümer keinen Wert mehr hat.

4) Schmalenbach Finanzierung S.56; Jacob ZFB 1960 S.133 Fußn.6. Die Kritik von Gelhausen Wpg 1949 Nr.9 S.6 betrifft nur den Fall, daß nicht der Veräußerungspreis, sondern der Liquidationserlös mit dem Ertragswert gleichgesetzt wird.

5) Vgl. oben S. 12 f.

punkt in so ferner Zukunft liegt, daß die nach ihm folgenden Erträge auf den Ertragswert keinen nennenswerten Einfluß haben. ¹⁾ Somit darf nur in den Ausnahmefällen, in denen eine Liquidation in näherer Zukunft anzunehmen ist, nicht von der Größe $n =$ ausgegangen werden.

Wenn der Ertragszufluß ewig ist bzw. wenn er dem ewigen Zufluß gleichgestellt werden kann, wird ein Veräußerungserlös nicht erzielt, so daß die Größe V endgültig nicht mehr berücksichtigt zu werden braucht.

Bei $n =$ ergibt sich:

$$W = E \cdot \frac{1-0}{q-1}$$

$$W = E \cdot \frac{1 - 0}{1 + \frac{p}{100} - 1}$$

$$W = E \cdot \frac{100}{p}$$

Wegen der Unterstellungen wird der "wahre Wert" zwar kaum jemals ermittelt, doch sind die Abweichungen relativ gering und nicht zu umgehen. Die Formel, welche für den Regelfall als mit der gesetzlichen Regelung vereinbar angesehen wird ²⁾, bietet einen einfachen Ausgangspunkt. ³⁾ Wenn die Größen "Ertrag" (E) und "Kapitalisierungszinsfuß" (p) ermittelt werden können, ist der Ertragswert mit Hilfe der Formel ohne Schwierigkeit zu errechnen.

-
- 1) Nach Münstermann HWB I 1956 S.1066 ist das bei nach 30 Jahren erfolgenden Erträgen bei einem Zinsfuß von 8% gegeben. Vgl. auch Hartmann S.194; Busse v.Colbe S.142; Krönke ZFB 1951 S.149.
 - 2) Schmalenbach Finanzierung S.54 ff.; Klein S.24 ff.; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.6; Münstermann HWB I 1956 S.1062 f.; Hartmann S.194.
 - 3) Vgl. Münstermann HWB I 1956 S.1064.

2. Ermittlung der Größe "Zukunftsertrag"

Die Ermittlung wird in drei Phasen durchgeführt (a - c).

a) 1. Phase: Korrekturen der Bilanzgewinne zu der Größe "Ertrag der vergangenen Geschäftsjahre"---

Nach der Klärung einiger Grundfragen (aa - cc) werden die wichtigsten Korrekturen untersucht (dd - ii).

aa) Die von der h.M. abweichende Ausgangsbasis von Mellerowicz

Die Größe Ertrag kann nicht unmittelbar für zukünftige Geschäftsjahre ermittelt werden. Nach h.M. muß man daher zunächst auf die Werte vergangener Jahre zurückgreifen, um diese Vergangenheitswerte dann auf die zukünftigen Verhältnisse zu projizieren.¹⁾ Vor allem Mellerowicz lehnt dieses Verfahren ab.²⁾ Er sieht darin den "prinzipiellen Fehler", daß "die an sich maßgebende Größe" (Zukunftsertrag) zur "Korrekturgröße" degradiert wird, während der Vergangenheitsertrag "primärer Bewertungsmaßstab" wird. Mellerowicz meint, darin liege eine Versuchung für den Bewerter, "sich mit der Errechnung des Vergleichsgewinnes zu begnügen und dem Korrekturgewinn weniger Beachtung zu schenken oder ihn allzu schematisch zu behandeln".³⁾

Diese Nachteile will Mellerowicz verhindern, indem er unmittelbar, also ohne Zurückgreifen auf die Vergangenheitswerte die Tendenz der Zukunftsaussich-

1) Münstermann HWB I 1956 S.1059 ff.; Schnettler Wpg 1948 Nr.7 S.14; Hartmann S.191 f.; Lehmann ZFB 1954 S.467.

2) Mellerowicz S.48. Ihm folgend Lackmann S.102.

3) Mellerowicz S.48.

ten schätzt. Erst wenn er diese Tendenz ermittelt hat, füllt er sie mit Ziffern aus, die er an Hand der Vergangenheitswerte bildet. Dabei verwendet er nur die Werte solcher Jahre, die mit der Tendenz übereinstimmen. Extreme Jahresergebnisse bleiben somit unbeachtet. ¹⁾

Theoretisch wird dieses Verfahren dem Gedanken, daß es allein auf die Zukunftserträge ankommt, gerechter. Praktisch besteht aber kein Unterschied zwischen den beiden Verfahrensweisen. Auch nach dem von Mellerowicz bekämpften Verfahren werden die Verhältnisse der Zukunft berücksichtigt, und zwar, wenn es richtig gehandhabt wird, nicht schematisch. ²⁾ Andererseits muß auch Mellerowicz die Vergangenheitsgrößen zu Hilfe nehmen, und er kann nicht einmal die Tendenz der Zukunftsaussichten schätzen, ohne die Entwicklung in der Vergangenheit zu berücksichtigen. ³⁾ Die Differenz braucht daher keine unterschiedlichen Ergebnisse zu verursachen. ⁴⁾ Da jedoch die Möglichkeit für unterschiedliche Ergebnisse besteht, ist eine Uneindeutigkeit der gesetzlichen Regelung gegeben, welche einen Ansatzpunkt für Streitigkeiten liefern kann. -

Im folgenden wird die von der h.M. abweichende Ansicht von Mellerowicz nicht weiter verfolgt.

bb) Handelsbilanz und Steuerbilanz

Der als Hilfsgröße zu ermittelnde Ertrag der Vergangenheit kann nicht ohne Korrekturen aus den Jahresbilanzen entnommen werden, da die Größe E mit dem Ertrag im bilanztechnischen Sinne nicht identisch ist.

1) Mellerowicz S.48.

2) Schmalenbach Finanzierung S.45.

3) Busse v.Colbe S.37; vgl. auch Viel Wpg 1954 S.366.

4) So auch Mellerowicz S.48.

Der Ertrag gemäß den Jahresbilanzen dient jedoch als Ausgangsgröße zur Ermittlung der Vergangenheitserträge.

Es ist streitig, ob man auf die Handelsbilanzen ¹⁾ oder die Steuerbilanzen ²⁾ zurückgreifen soll. ³⁾ Beide Bilanzen liefern Größen, die korrigiert werden müssen, doch sind bei den Steuerbilanzen weniger Korrekturen notwendig, da sie weniger stille Rücklagen enthalten. ⁴⁾ Außerdem kann man die in den Steuerbilanzen enthaltenen stillen Rücklagen eher ermitteln und eliminieren, da sich die Möglichkeit für die Bildung stiller Rücklagen hier aus genau umrissenen steuerrechtlichen Vorschriften ergibt, während die stillen Rücklagen in der Handelsbilanz nach dem Ermessen des Unternehmers gebildet werden. Der Steuerbilanz ist daher der Vorzug zu geben, obwohl sich theoretisch im Ergebnis kein Unterschied ergeben muß, wenn nur die jeweils richtigen Korrekturen vorgenommen werden.

cc) Das umstrittene Wesen der Größe "Zukunftsertrag"

Welche Korrekturen man vornehmen muß, um aus den Bilanzgewinnen die gesuchten Erträge zu ermitteln, richtet sich u.a. danach, was man im Rahmen der Unternehmensbewertung als Ertrag ansieht. In dieser Hinsicht bestehen unterschiedliche Meinungen.

Einige Autoren lassen nur die ausgeschütteten

1) Mellerowicz S.64.

2) Jonas ZFB 1954 S.170.

3) Zu beachten, daß nur die wenigsten OHGen neben den Steuerbilanzen eine Handelsbilanz errichten.

4) Zu der Möglichkeit stiller Reserven in der Steuerbilanz vgl. z.B. Zimmerer ZFB 1961 S.171.

Gewinne als Ertrag gelten. ¹⁾ Diese Auffassung ist zu eng, da auch die einbehaltenen Gewinne einen wirtschaftlichen Nutzen darstellen, wenn auch nicht in Form von Bargeld o.ä., so doch in Form einer Stärkung der Ertragskraft. ²⁾ Wollte man nur auf die Ausschüttungen abstellen, so hinge der Unternehmenswert von der Ausschüttungspolitik ab. Auch das Argument, die nichtausgeschütteten Erträge würden im Erlös bei der Veräußerung des Unternehmens erfaßt, geht fehl. Im Regelfall liegt die Veräußerung in so ferner Zukunft, daß die Erlöse auf den Barwert keinen Einfluß mehr ausüben. ³⁾

Auch die demgegenüber modifizierte, gemilderte Auffassung, nur ausschüttungsfähige Erträge seien zu beachten, ist abzulehnen. Was ausschüttungsfähig ist, bestimmt sich nach den Grundsätzen der Erhaltung und Ausweitung des Unternehmens. Dieser Gesichtspunkt hat, wie gezeigt, bei der Bewertung des Unternehmens keine Bedeutung. ⁴⁾

Entgegen diesen engen Auffassungen vertritt Zimmerer ⁵⁾ die Ansicht, daß nicht der Ertrag i.S.d. Reinertrages oder des Gewinnes maßgebend ist, sondern ein Rohertrag, der Abschreibungen und Zinsen einschließt. An einem Zahlenbeispiel versucht Zimmerer nachzuweisen, daß nach der herkömmlichen Auffassung ein sehr dynamisch geführ-

-
- 1) Münstermann HWB I 1956 S.1062 u.1063, der aber im Widerspruch zu seiner erklärten Ansicht Reservezuweisungen als Ertrag ansieht. Vgl. auch Bußmann ZFB 1950 S.703 (wohl unentschieden) und ablehnend Bartke ZFB 1961 S.486 Fußn. 18 m.w.Literatur, ders. BFuP 1961 S.412 Fußn.43.
 - 2) Husemann DB 1951 S.137.
 - 3) Ablehnend auch Schmalenbach Finanzierung S.55; Bartke ZFB 1961 S.494; Hartmann S.197; Viel Wpg 1954 S.366 ("erzielbarer Reinertrag"); Winkelmann Wpg 1953 S.183 ("auch Mittel für künftige Selbstfinanzierung").
 - 4) Vgl. Adler FAZ 23.10.1961 S.19, der diese neue Auffassung erwähnt.
 - 5) ZFB 1961 S.172 ff.

tes Unternehmen, das wegen seiner Ausweitung mit viel Fremdkapital arbeitet und hohe Abschreibungen berücksichtigt, weniger wert ist als ein Unternehmen, bei dem mangels Investitionen kaum Fremdkapital benötigt wird und niedrige Abschreibungen zu verrechnen sind. Dieses verblüffende Ergebnis beruht auf dem Trugschluß, daß nach der herkömmlichen Auffassung die Größe Ertrag ohne Projizierung auf die zukünftigen Verhältnisse verrechnet wird. Da in Wirklichkeit die zukünftigen Verhältnisse hätten berücksichtigt werden müssen, wäre zu beachten gewesen, daß in einiger Zeit das dynamisch geführte Unternehmen seine Investitionsphase abgeschlossen haben wird und dann weit höhere Erträge erzielen dürfte als das andere Unternehmen, dessen Ende oder zumindest Ertragsschwäche vorauszusehen ist.¹⁾

Der Vorschlag von Zimmerer ist daher nicht erforderlich. Er ist auch nicht brauchbar, da Abschreibungen und Fremdkapitalzinsen unzweifelhaft eine Kapitalminderung darstellen und daher ertragmindernd zu berücksichtigen sind.

Neuerdings wird die Ansicht vertreten, daß die Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben maßgeblich sei.²⁾ Diese Auffassung führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, daß die Ausgabe für eine Investition als Minderung des wirtschaftlichen Nutzens erscheint, obwohl für die Ausgabe als Gegenwert das Investitionsgut vorhanden ist. Dieser Widerspruch kann von den Vertretern dieser Meinung nur mit willkürlichen Unterstellungen beseitigt

1) Zu der Meinung von Zimmerer vgl. noch die in jüngster Zeit auch in Deutschland verwendete Methode, nach welcher der Unternehmenswert auf der Grundlage des sog. cash flow (Reingewinn + Abschreibungen) ermittelt wird. Erklärung und grundsätzliche Ablehnung bei Linden, Wertpapier 1962 S.3 ff. Vgl. auch Lehmann Wpg 1951 S.265 ff. zu der Unterscheidung von Reinertrag und Wertschöpfung.

2) Anders Wpg 1953 S.152; Busse v.Colbe S.39 f.; Voß ZfHf 1959 S.260 ff.

werden. ¹⁾

Mellerowicz geht von der allein richtigen Ansicht aus, daß jede Kapitalmehrung einen Ertrag bedeutet, soweit er nicht durch eine Kapitalminderung aufgezehrt wird. Nur so können z.B. Reserven als wirtschaftlicher Nutzen erfaßt werden.

Zu abstrakt ist die Ansicht von Mellerowicz aber insoweit, als er sich das Unternehmen gleichsam personifiziert denkt, das unabhängig von seinem Inhaber den Ertrag erzielt. ²⁾ Es bleibt unbeachtet, daß es keinen Wert gibt ohne Beziehung zu einer nutzenden Person. Auch das Unternehmen steht nicht "im beziehungslosen Raum". Es steht im Eigentum einer Person. ³⁾ Richtig ist es daher, als Ertrag diejenigen Kapitalmehrungen anzusehen, welche eine Person mit einem Unternehmen erzielt. ⁴⁾ Die Unterschiedlichkeit der Auffassungen kann im Ergebnis beachtliche Differenzen ergeben.

dd) Korrekturen der persönlichen Einflüsse

Es ist zu untersuchen, ob und inwieweit die persönlichen Einflüsse, welche auf die Bilanzgewinne eingewirkt haben, zu korrigieren sind. Von einer "objektivistischen" Richtung wird die Ansicht vertreten, daß nur ein normaler ⁵⁾, optimaler ⁶⁾ oder sonst objektivierter Ertrag maßgebend ist, während die "Subjektivisten"

1) Kritisch zu dieser in der Literatur sonst kaum beachteten Auffassung Bartke Wpg 1961 S.285, ders. BFuF 1960 S.616 ff., bes. S.621.

2) Mellerowicz Wpg 1953 S.202.

3) Hast DB 1949 S.121 f.; Bartke BFuF 1960 S.273 f. Vgl. Koch ZfhF 1960 S.346 f.

4) Zu dem Unterschied zu der Meinung von Mellerowicz vgl. unten S.27 ; vgl. auch unten S.33 f. und S.38.

5) Mellerowicz S.58 FuSn.1 und 2.

6) Vgl. Literatur bei Mellerowicz S.58 FuSn. 3.

alle persönlichen Einflüsse berücksichtigen ¹⁾, und zwar im Veräußerungsfalle die Einflüsse der Verkäufer und diejenigen der Käufer. ²⁾

Man kann die "subjektivistische" Auffassung nicht mit der Begründung ablehnen, es komme nur auf den Ertrag an, wie ihn das Unternehmen für sich, also ohne Berücksichtigung der persönlichen Einflüsse des jeweiligen Unternehmers, abwerfe. Dieses von Mellerowicz ³⁾ gebrachte Argument ist aus seiner unrichtigen Ansicht über das Wesen des Ertrages zu erklären. ⁴⁾

Wenn man aber mit den "Subjektivisten" die persönlichen Einflüsse berücksichtigt, bleiben weitere Möglichkeiten, zwischen denen man zu entscheiden hat. Man kann auf Korrekturen ganz verzichten und berücksichtigt damit die persönlichen Einflüsse des Veräußerers als des bisherigen Unternehmers. ⁵⁾ Man kann diese Einflüsse jedoch auch ausschalten und dafür die Einflüsse des Erwerbers als des zukünftigen Unternehmers berücksichtigen. Für keine von beiden Möglichkeiten gibt es eine stichhaltige Begründung.

Diesem Dilemma entgehen solche Autoren, welche sowohl die Einflüsse des Veräußerers als auch diejenigen des

1) Busse v.Colbe S.16 ff., bes. S.17 f.; Lehmann ZFB 1954 S.65 f.; RGRK HGB § 138, 25.

2) Der Unterschied zwischen "Objektivisten" und "Subjektivisten" ist nicht zu verwechseln mit der Verschiedenheit von objektiver Werttheorie (Hauptvertreter Ricardo), für die bei der Bewertung Arbeitswert und Produktionskosten maßgebend sind, und der subjektiven Werttheorie (z.B. Menger), die wie die "Objektivisten" und die "Subjektivisten" auf den Nutzen der bewerteten Sache abstellt.

3) a.a.O. S.58.

4) Vgl. oben S.26.

5) Sowohl das von RG ZAKDR 1942 S.74 (76) aufgehobene Berufungsurteil.

Käufers beachten. Man erhält dann nicht einen Wert, sondern zwei Werte. Sie bilden "subjektive Kalkulationswerte aus der Sicht der einzelnen Partei" für die Preisverhandlung. ¹⁾ Ein einheitlicher "Wert" kann also aus diesen beiden "Werten" nur durch Verhandlung der Parteien, nicht aber durch eine Bewertung gewonnen werden. Die "Subjektivisten", welche zwei Werte gelten lassen, gehen daher von einer unrichtigen Auffassung bezüglich der Unternehmensbewertung aus. Sie degradieren die Unternehmensbewertung zu einem Hilfsmittel der Preisfindung. Wert und Preis sind zwar voneinander abhängig, jedoch nicht in der Weise, daß der Wert nur eine Vorstufe des Preises darstellt. ²⁾ Die "Subjektivisten" stellen außerdem zu einseitig auf den Fall der Veräußerung eines Unternehmens ab. Zwar wird eine Unternehmensbewertung meist wegen einer tatsächlichen oder unterstellten Veräußerung vorgenommen. Eine Bewertung ist jedoch durchaus auch ohne diesen Anlaß denkbar.

Den zu beachtenden Unterschied zwischen Preis und Wert kann man daher nur berücksichtigen, wenn man von einem objektivierten Ertrag ausgeht. Zugrundezulegen ist ein Ertrag, wie ihn ein Unternehmer mit normalen persönlichen Einflüssen (Fähigkeiten, Eigenschaften, Beziehungen usw.) erzielt. Über- und unternormale Einflüsse sind zu

1) So Busse v.Colbe S.18. Vgl. auch Lehmann ZFB 1954 S.65 f.; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.10.

2) Vgl. Diehl WV S.996: Der Preis ist ein Reflex des Wertes, der Wert eine Abstraktion des Preises.

eliminieren. 1)

Durch diese verschiedenen Auffassungen können sich im Ergebnis erhebliche Differenzen zeigen. Wenn z.B. die bisherigen hohen Erträge nur durch die übernormale Tüchtigkeit des Ausscheidenden bewirkt wurden, dann werden von den "Subjektivisten" die bisherigen hohen Erträge oder die zukünftigen niedrigen Erträge zugrundegelegt oder auch beide. Die "Objektivisten" gehen dagegen von einem normalen oder in anderer Weise objektivierten Ertrag aus. Auch durch diese Differenz wird die Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung berührt. Außerdem wird ersichtlich, daß die Regelung nicht einfach ist. Nur ein Sachverständiger wird nach eingehendster Beobachtung feststellen können, inwieweit die Erträge auf über- oder unternormalen persönlichen Einflüssen beruhen. Weder eine frühzeitige noch eine kostensparende Ermittlung ist daher möglich.

ee) Korrekturen für Rücklagen und unangemessene Rückstellungen

Quantitativ fallen vor allem die Korrekturen für die Zuweisung zu den Rücklagen und für den Ansatz unangemessener Rückstellungen ins Gewicht. Diese nicht in den Bilanzgewinnen enthaltenen Posten sind im Rahmen

1) So Mellerowicz S.59; Lackmann S.48; Schmalenbach ZfhF 1917/1918 S.133, ders. Finanzierung S.41; Tittel BFuP 1949 S.73; Jonas ZFB 1954 S.18 u.26; Viel Wpg 1954 S.366 f.; Jacob ZFB 1961 S.231 Fußn.3; Günther DB 1961 S.989; Hueck OHG S.293; Klein S.47; RG DR 1941 S.1301; RG ZAKDR 1942 S.74 (76); Giesecke ZAKDR 1942 S.72; Goldmann § 138; Schwarze S.25; RGRK HGB 2.A. § 138,30; unklar Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.5. Zu weitgehend Bartke BFuP 1960 S.555 ff., bes. 567, der die gesamte "Differentialrente, die auf den Produktionsfaktor Leistung entfällt", ausschalten will, anstatt nur die auf die übernormalen Einflüsse des Unternehmers entfallende Differentialrente. Vgl. auch ZFB 1961 S.234.

der Unternehmensbewertung Bestandteile des Ertrages und daher zu den Bilanzgewinnen hinzuzuziehen. ¹⁾

Für die offenen Rücklagen und unangemessenen Rückstellungen wird eine Korrektur nur von den Autoren abgelehnt, welche das Vorhandensein eines Ertrages von der Ausschüttung oder doch Ausschüttungsfähigkeit abhängig machen. ²⁾

Das Ausmaß der Korrekturen ist bezüglich der offenen Rücklagen eindeutig, während es weitgehend eine Frage von "Temperament und Glauben" ³⁾ bleibt, inwieweit Rückstellungen noch als angemessen anzusehen sind.

Die Zugehörigkeit der stillen Rücklagen zu dem Ertrag wird nicht nur von den Autoren bestritten, welche auf die Ausschüttung oder die Ausschüttungsfähigkeit der Gewinne abstellen. Andere Autoren halten einen Teil der stillen Rücklagen wegen der fehlenden Realisierungsmöglichkeiten nicht für einen Bestandteil des Ertrages. ⁴⁾ Die Realisierungsmöglichkeit fehlt regelmäßig bei den in den Gegenständen des Anlagevermögens steckenden stillen Rücklagen, weil diese Gegenstände regelmäßig nicht veräußert werden, bevor sie vollständig abgeschrieben sind. Dieser Gesichtspunkt ist aber für die Unternehmensbewertung nicht maßgebend. Ob ein Gegenstand des Bewertungsstichtages einen Wert hat, hängt nicht davon ab, ob sich dieser Wert zukünftig in einer Geldeinnahme zeigen wird.

1) Jonas ZFB 1954 S.168; Viel Wpg 1954 S.365; Mellerowicz S.61; Sieben S.46; Husemann DB 1951 S.137; Schmalenbach Finanzierung S.40; Möhle S.157; Lehmann Wpg 1951 S.266; Klein S.39; Schnettler Wpg 1949 Nr.7 S.14.

2) Vgl. oben S. 23 f. Zu beachten, daß Münstermann HWB I 1956 S.1066 inkonsequent Reserven als Teil des wirtschaftlichen Nutzens ansieht.

3) Mellerowicz S.79.

4) Potthoff-Zintzen S.217; Walb ZfhF 1940 S.11.

Wenn man die Notwendigkeit einer Korrektur für die stillen Rücklagen grundsätzlich bejaht, fragt es sich, in welcher Höhe stille Rücklagen gegeben sind, für die eine Korrektur vorzunehmen ist. Bei den durch überhöhte Abschreibungen gebildeten stillen Rücklagen kann man die richtige Korrekturhöhe nur bestimmen, wenn man die richtige Abschreibungshöhe kennt. Es ist dabei umstritten, ob die Abschreibungsbeträge auf der Grundlage der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten oder auf der Grundlage der Wiederbeschaffungskosten zu berechnen sind. ¹⁾

Wenn auf die Anschaffungskosten abgestellt wird, können nur solche Kapitalminderungen ausgedrückt werden, welche infolge des Ablaufes der Lebensdauer des Abschreibungsgutes eintreten. Dagegen bleiben Kapitalveränderungen auf Grund von Preisschwankungen unbeachtet. Das kann durch Zugrundelegen der Wiederbeschaffungskosten verhindert werden. ²⁾ Daher ist diese sog. organische Abschreibung ³⁾ theoretisch allein richtig, kann aber praktisch nicht verwendet werden, weil die Wiederbeschaffungskosten nicht für jeden Bilanzstichtag neu festgestellt werden können. ⁴⁾ Daher muß die Korrektur sich nach den Abschreibungen gemäß den Anschaffungskosten richten. Dabei ist aber darauf zu achten, daß die Abschreibungshöhe der tatsächlichen Lebensdauer des Ob-

1) Mellerowicz Wpg 1953 S.202; Möhle ZFB 1950 S.617.

2) Für Zugrundelegung der Wiederbeschaffungskosten Möhle ZFB 1950, S.617; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.5; Hartmann S.194; Bankmann S.51; wohl auch Jacob ZFB 1960 S.214: Für eine Korrektur sind maßgebend "nicht die effektiven Abschreibungen, sondern die Beträge, die künftig im Durchschnitt benötigt werden, um den Bestand an abnutzbaren Wirtschaftsgütern auf dem Niveau zu halten, das erforderlich ist, damit Gewinne in der angenommenen Höhe erzielt werden können".

3) Ausführlich Schmidt, S.30 ff.

4) Mit dieser Begründung Mellerowicz Wpg 1953 S.202. Vgl. auch Krönke ZFB 1951 S.140 ff.; Viel Wpg 1954 S.365. Vgl. auch Zimmerer ZFB 1961 S.172 ff.

jektes sowie dem Restwert entspricht und nicht nach bilanzpolitischen Erwägungen ausgerichtet ist. Schmalenbach ¹⁾ erwägt noch eine Ermäßigung der Abschreibungsbeträge in Höhe der Zinsen, welche die in den Erlösen hereinkommenden Abschreibungsbeträge bis zum Ende der Lebensdauer des Abschreibungsgutes erbringen. Die Berücksichtigung der Zinsen erscheint angemessen, selbst wenn die in den Erlösen enthaltenen Abschreibungen "nicht als Darlehen ausgegeben, sondern im eigenen Betriebe, z.B. für neue Anlagen, verwendet werden". In beiden Fällen verursachen die Beträge einen Nutzen. Die Bestimmung des Zinsfußes ist jedoch nicht für alle Fälle exakt möglich. Die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung wird also erhöht.

Durch die Korrektur für Rücklagen, insbesondere durch das Erfordernis der Berücksichtigung "richtiger" Abschreibungen wird die gesetzliche Regelung kompliziert und bleibt nicht eindeutig. Hinzu kommt, daß das Interesse an der Erhaltung eines gesunden Unternehmens dadurch verletzt wird, daß sämtliche gerade im Hinblick auf die Unternehmenserhaltung geschaffenen Rücklagen aufzulösen sind.

ff) Korrekturen für Eigenkapital- und Fremdkapitalzinsen

Die unterschiedlichen Ansichten zu diesen Korrekturen verhindern ebenfalls eine eindeutige Ermittlung der gesuchten Größe "Ertrag". Die kalkulatorischen Eigenkapitalzinsen dürfen von den Bilanzgewinnen nicht abgezogen werden, da sie nach richtiger Ansicht einen Bestandteil des im Rahmen der Unternehmensbewertung

1) Schmalenbach Finanzierung S.74 mit Zahlenbeisp.

maßgeblichen Ertrages bilden. ¹⁾ Richtig weist Mellerowicz darauf hin, daß man nur den Geschäftswert, nicht aber den Gesamtwert ermittelt, wenn man die Wertermittlung nur auf der Grundlage des Ertrages durchführt, der außer den Zinsen zufließt. ²⁾

Demgegenüber sind die Fremdkapitalzinsen nicht als Ertragsbestandteil anzusehen. Sie fließen nicht den nutzenden Personen zu, sondern den Fremdkapitalgebern. Wenn Mellerowicz die Bilanzgewinne durch eine Addition eines Betrages in Höhe der Fremdkapitalzinsen korrigieren will, weil er die Fremdkapitalzinsen mit der gleichen Begründung wie die kalkulatorischen Eigenkapitalzinsen im Rahmen der Unternehmensbewertung für Bestandteile des Ertrages ansieht, so erklärt sich das aus der Ansicht von Mellerowicz über das Wesen des Ertrages. Für Mellerowicz kommt es auf den Ertrag an, den das von dem Unternehmer losgelöst gedachte Unternehmen erwirtschaftet. Ob dieser Ertrag dem Unternehmer oder Fremdkapitalgebern zufließt, ist für Mellerowicz irrelevant. ³⁾ Mellerowicz kommt also zu dem sonderbaren Ergebnis, daß es für den Wert eines Unternehmens unbeachtlich ist, ob es nur mit Fremdkapital oder nur mit Eigenkapital finanziert wird.

Richtig ist es daher im allgemeinen, die Eigenkapitalzinsen als Bestandteil des Ertrages anzusehen, die Fremdkapitalzinsen dagegen als Minderung des Ertrages

1) Mellerowicz S.61 u.72; Lackmann S.44; Hagest Wpg 1950 S.193; Husemann DB 1951 S.137; Busse v.Colbe S.98 ff.; Viel Wpg 1954 S.367; vgl. auch die grundsätzlichen Gedanken zur Bildung des Begriffes kalkulatorischer Eigenkapitalzins bei Koch ZfhF 1958 S.384 ff.

2) Mellerowicz S.61, so auch Viel Wpg 1954 S.367.

3) Vgl. dazu oben S. 26.

anzusetzen. 1)

Andere Autoren wollen wie Mellerowicz sämtliche Zinsen bei der Berechnung des Ertrages unbeachtet lassen. Von dem dann ermittelten Wert des Gesellschaftsvermögens wird aber noch ein Abzug in Höhe des nominellen Fremdkapitals gemacht. 2)

Auch diese Methode ist nicht richtig; denn sie erbringt entgegen der Ansicht von Viel 3) im allgemeinen nicht das gleiche Ergebnis wie die richtige Berechnungsart. Im Ergebnis besteht nur Übereinstimmung, wenn Kapitalisierungszinsfuß und der Zinsfuß für Fremdkapital gleich sind. 4) Das ist regelmäßig nicht der Fall.

- 1) So Hagest Wpg 1950 S.193; Lehmann Wpg 1951 S.266; Busse v.Colbe S.100; Kenntemich Wpg 1956 S.193 ff.; Münstermann HWB I 1956 S.1066; Bußmann ZFB 1950 S.708; Klein S.40; RG JW 1936 S.3118.
- 2) Es ist nicht anzunehmen, daß auch Mellerowicz diesen nachträglichen Abzug machen will. Eine entsprechende Erwähnung findet sich weder bei ihm noch bei dem ihm folgenden Lackmann. Bei seiner extremen Ansicht versteht sich ein solcher Abzug auch nicht von selbst.
- 3) Viel Wpg 1954 S.367.
- 4) I. Berechnungsart nach Viel u.a.

Bruttoerfolg	1.000	
kapitalisiert m.8%		12.500
Nominalwert des verzinslichen Fremdkapitales		
	./.	5.000
Zukunftserfolgswert		7.500
		=====

II. Richtige Berechnungsart

Bruttoerfolg	1.000	
kapitalisiert m.8%		12.500
Fremdkapitalz. 7%	./.	350
kapitalisiert m.8%		4.375
		=====
	650	
kapitalisiert m.8%		8.125
= Zukunftserfolgswert		=====

Die Differenz im Ergebnis rührt daher, daß der "durch die Verzinsung des Fremdkapitales über dessen Verzinsung hinaus erzielte Gewinn dem Eigenkapital zugerechnet wird, im Gegensatz zu der anderen Methode" (Busse v.Colbe S.102).

Die Anwendung dieser Methode ist allerdings dann richtig, wenn das Unternehmen unter Ablösung aller Schulden veräußert werden soll. Das kommt in Betracht, wenn die Gläubiger das Fremdkapital gekündigt haben und das Unternehmen dann im Hinblick auf diese besondere Sachlage zu bewerten ist. Die in der Vergangenheit gezahlten Fremdkapitalzinsen werden wegen der Ablösung für den Erwerber nicht relevant. Ein Abzug in Höhe des nominellen Fremdkapitales ist selbstverständlich nur zu machen, wenn der Erwerber und nicht der Veräußerer das Fremdkapital ablöst. ¹⁾

Die Methode von Viel wendet auch Kenntemich an. ²⁾

Im Gegensatz zu Viel ist ihm klar, daß er ein abweichendes Ergebnis gegenüber der als richtig herausgestellten Methode erhält. Er will damit jedoch jeglichen Einfluß der Finanzierung auf den Wert des Gesellschaftsvermögens eliminieren. Diese Absicht verwirklichen andere Autoren ³⁾, indem sie zwar nach der richtigen Methode vorgehen, die Fremdkapitalzinsen aber nicht in ihrer tatsächlich anfallenden Höhe berücksichtigen, sondern gemäß einem durchschnittlichen Fremdkapitalanteil.

Diese Autoren gehen von der falschen Vorstellung aus, daß es allein auf den durch die Betriebsleistung verursachten Ertrag ankommt. Zu beachten sind aber auch die Einflüsse anderer Faktoren wie z.B. der Finanzierung. ⁴⁾ Man ermittelt sonst nicht den gesamten wirtschaftlichen Nutzen, der den nutzenden Personen zufließt.

1) Husemann DB 1951 S.137 f.

2) Wpg 1956 S.195.

3) Berg Wpg 1956 S.195 (von Kenntemich wörtlich zitiert); Kolbe S.52.

4) Bartke Wpg 1961 S.287.

gg) Korrekturen für Steuern

Seit einigen Jahren ist es sehr umstritten, ob Gewerbeertragssteuern und Einkommenssteuern ¹⁾ Bestandteile des Ertrages sind oder ob sie als ertragmindernd berücksichtigt werden müssen.

Eine Gruppe von Autoren ²⁾ stellt den Meinungsstreit als bedeutungslos hin, da sich der Kapitalisierungszinsfuß der jeweils angewandten Methode anpasse.

Wenn die Steuerzahlung noch im Ertrag enthalten ist (sog. Bruttoertragsmethode), liegt der Kapitalisierungszinsfuß nach Ansicht dieser Autoren gegenüber der sog. Nettoertragsmethode um so viel höher, daß sich bei Anwendung der Formel für die ewige Rente die gleiche Größe für den Ertragswert ergibt. Diese Ansicht beruht auf der unrichtigen Vorstellung, daß der Kapitalisierungszinsfuß sich automatisch dem Ausmaß der Steuerbelastung anpaßt. In Wirklichkeit wird der Zinsfuß auch von anderen Faktoren bestimmt. ³⁾

Neben der erwähnten "Bruttoertragsmethode" ⁴⁾ und der "Nettoertragsmethode" ⁵⁾ gibt es als Modifizierung

-
- 1) Das für die Einkommensteuer Gesagte gilt auch für die Kirchensteuer.
 - 2) Henzler Deutsche Zeitung 21.II.1953; ungenannter Verfasser einer Leserzuschrift BFuP 1953 S.88 ff.; Berg gem. Berichterstattung Kenntemichs über Kongreß der UEC (Union Europeenne des Experts Comptables Economiques et Financiers) im Sept. 1955 Wpg 1956 S.194.
 - 3) Mellerowicz Wpg 1953 S.199 ff. Im Ergebnis auch Pohmer Wpg 1955 S.437; Lenel Wpg 1953 S.154; Busse v. Colbe S.133; Klinger Wpg 1953 S.217.
 - 4) Liebl BFuP 1953 S.86; Winkelmann Wpg 1953 S.181.
 - 5) Anders Wpg 1953 S.151; Viel Wpg 1954 S.367, ders. zitiert bei Kenntemich Wpg 1956 S.194. Vgl. auch Günther DB 1961 S.989, der zwischen Wert des Betriebes und Wert des Unternehmens unterscheidet. Den ersten Wert faßt er als gesamtwirtschaftlichen Wert ohne Berücksichtigung der Steuern auf. Den zweiten Wert hält er als privatwirtschaftlichen Wert für maßgebend. Bei diesem Wert sind die Steuern abzuziehen.

des letzten Verfahrens die Ansicht von Hartmann, der Abzüge nicht in Höhe der tatsächlichen Steuerzahlungen macht, sondern durchschnittliche Sätze zugrundelegt. ¹⁾ Die h.M. schließlich berücksichtigt die Gewerbeertragssteuer entsprechend der "Nettoertragsmethode" als Minderung des Ertrages, während sie die Einkommenssteuer entsprechend der "Bruttoertragsmethode" als Bestandteil des Ertrages auffaßt. ²⁾

Der ertragmindernde Charakter der Gewerbeertragssteuer wird von Klinger ³⁾ aus der Kosteneigenschaft dieser Steuer gefolgert. Diese Begründung ist schon deswegen abzulehnen, weil die Gewerbeertragssteuer keine Kostensteuer darstellt. Als Kostensteuern sind nur solche Steuern anzusehen, die zwangsläufig mit Herstellung oder Absatz anfallen. Die Gewerbeertragssteuer entsteht wie die Einkommensteuer nur bei Gewinnerzielung.

Liebl erkennt die Gewerbeertragssteuer dagegen nicht als Minderung des Ertrages an, weil diese Zahlung eine Gewinnverwendung, nicht aber einen Akt der Gewinnerzielung darstellt. ⁴⁾ Diese Unterscheidung erscheint durchaus brauchbar. Wenn Liebl die Zahlung von Gewerbeertragssteuern der

1) a.a.O. S.194.

2) Klinger Wpg 1953 S.1, ders.Wpg 1953 S.217, ders. DB 1961 S.577; Mellerowicz S.65, ders.Wpg 1953 S.199 ff.; Lackmann S.49 f.; Gelhausen Wpg 1953 S.73. Bezüglich Einkommensteuer, aber ohne Stellungnahme zu Gewerbeertragsteuer Busse v.Colbe S.139 ff. Bezüglich Gewerbeertragsteuer, aber ohne Stellungnahme zu Einkommensteuer Husemann DB 1951 S.137.

3) Wpg 1953 S.4.

4) Liebl BFuF 1953 S.81; das für die Körperschaftssteuer Ausgeführte gilt auch für die Gewerbeertragsteuer (vgl. daselbst S.74).

Gewinnverwendung zuordnet, so beruht das jedoch auf einer zu engen Vorstellung von den Akten der Gewinnerzielung. Der Autor sieht nur solche Zahlungen als Akte der Gewinnerzielung an, denen Leistungen gegenüberstehen, welche in die "eigentliche Unternehmensleistung" eingehen. Man kann eine Steuerzahlung zwar nicht als Entgelt für eine Leistung auffassen ¹⁾, da ein Steuerschuldverhältnis nach heutiger Ansicht nicht auf der Grundlage von Leistung und Gegenleistung beruht. ²⁾ Trotzdem sind Steuerzahlungen als Akte der Gewinnerzielung anzusehen. Die Unternehmensleistung ist nicht denkbar, ohne daß ein Staatswesen in irgendeiner Form und somit auch eine Steuerhoheit dieses Staatswesens besteht. ³⁾

Scheinbar stellt auch die Einkommensteuerzahlung eine Ertragminderung dar, weil der Investor nur einen um die Einkommensteuerzahlung gekürzten Betrag zu seiner Verfügung erhält. Nach Mellerowicz hat diese von den persönlichen Verhältnissen abhängende Belastung entsprechend seiner abstrakten Auffassung jedoch nichts mit dem wirtschaftlichen Nutzen zu tun. ⁴⁾ Mellerowicz unterstützt seine Begründung mit dem Hinweis, "daß der Wert der Unternehmung (sonst) von der Steuergruppe und damit von der Kinderzahl des Unternehmers abhängt" ⁵⁾. Da man einen objektiven Unternehmenswert sucht und nicht einen Preis, ist diese Folge tatsächlich nicht akzeptabel. Man könnte jedoch an Stelle der tatsächlichen Steuerzahlungen durchschnittliche Sätze abziehen, um damit das groteske Ergebnis zu vermeiden. ⁶⁾

1) So aber Anders Wpg 1953 S.151 ff.

2) Vgl. Wortlaut des § 1 AO.

3) Im Ergebnis auch Günther DB 1961 S.989.

4) Mellerowicz Wpg 1953 S.202; a.A. Viel Wpg 1954 S.367, der auch die Einkommensteuer absetzen will, weil er die abstrakte Auffassung von Mellerowicz für falsch hält.

5) Mellerowicz Wpg 1953 S.202.

6) Vgl. Hartmann S.197; Kenntemich Wpg 1956 S.196; Hasenack (zitiert bei Liebl BFuP 1953 S.79).

Zu beachten ist aber der Gesichtspunkt, daß die Anlage in einem Unternehmen mit einer Anlage zum landesüblichen Zinsfuß vergleichbar sein muß, da die gegenseitige Abhängigkeit des landesüblichen Zinsfußes und des Kapitalisierungszinsfußes anderenfalls gestört wird. Der aus einer Anlage zum landesüblichen Zinsfuß fließende Ertrag wird ohne Abzug der Einkommensteuer berechnet. Die Vergleichbarkeit zwischen den beiden Anlagen bleibt nur erhalten, wenn die Einkommensteuer auch bei einem Unternehmen nicht als Minderung des Ertrages angesetzt wird. Durch die Unterschiedlichkeit der keineswegs geklärten Lehrmeinungen zu diesen Korrekturen vergrößert sich die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung erheblich. Dabei bewirken gerade diese Differenzen einen großen Unterschied des Ergebnisses. So glaubt Klinger, daß die weite Spanne von 560 % bis 940 % der für die Abfindung der Knorr-Aktionäre ermittelten Kurse in erster Linie auf der unterschiedlichen Behandlung der Steuern bei der Bewertung beruht.¹⁾

hh) Korrekturen der Positionen des sogenannten neutralen Aufwandes und Ertrages

Einige Autoren verlangen weiterhin die Eliminierung der Positionen des neutralen Aufwandes und Ertrages, weil allein der Ertrag des Betriebes maßgebend sei.²⁾ Wenn man mit richtiger Ansicht auf den Ertrag abstellt, den die nutzenden Personen aus dem Unternehmen ziehen, dann darf man sich jedoch nicht auf die betriebliche Leistung als Nutzenursache beschränken. Die betriebsfremden und

-
- 1) Klinger DB 1961 S.577; zu beachten ist allerdings, daß bei der Knorr AG als Kapitalgesellschaft Körperschaftssteuern zu berücksichtigen waren, die bei der OHG nicht anfallen.
 - 2) Husemann DB 1951 S.137; Kenntemich Wpg 1956 S.195; Viel Wpg 1954 S.366; Gelhausen Wpg 1949 Nr.9 S.5; Hagest Wpg 1950 S.193.

außerordentlichen Aufwendungen/Erträge bestimmen in gleicher Weise die Größe Ertrag. Die Autoren übersehen, daß man ein Unternehmen im Hinblick auf den aus ihm fließenden Nutzen nicht in einen technisch-betrieblichen und einen verwaltungsmäßigen Bereich unterteilen kann.¹⁾ Auch die in diesem Punkte zu verzeichnende Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung beruht auf einer unrichtigen Auffassung der Größe Ertrag.

Den Ertrag bestimmen aber nicht sämtliche in den untersuchten Bilanzen ausgewiesenen neutralen Aufwendungen und Erträge. Zu beachten sind die Positionen nur, soweit sie für die zukünftige Entwicklung von Bedeutung sind. Einmalige oder nicht wiederkehrende Aufwendungen/Erträge sind also nicht zu berücksichtigen.²⁾

- ii) Korrekturen für Unternehmerlohn, verdeckte Gewinnausschüttungen, Lasten auf den Gewinn

Keine Meinungsverschiedenheit besteht darüber, daß das Entgelt für die Tätigkeit des Unternehmers, der kalkulatorische Unternehmerlohn kein Bestandteil des im Rahmen der Unternehmensbewertung maßgeblichen Ertrages darstellt. Der Bilanzgewinn der OHG, der diesen Posten enthält, ist also zu korrigieren.³⁾

1) Vgl. Bartke Wpg 1961 S.287; Hartmann S.191.

2) Mellerowicz S.66 u.72; Lackmann S.47; Tymkiw S.87; Klein S.40; Schwarze S.25.

3) Münstermann HWB I 1956 S.1066; Viel Wpg 1954 S.365; Bußmann ZFB 1950 S.708; Husemann DB 1951 S.137; Mellerowicz Wpg 1953 S.199; Tymkiw S.87; Hagest Wpg 1950 S.194; Klein S.39; Kenntemich Wpg 1956 S.195; Hartmann S.191 ff.; Schmalenbach Finanzierung S.41; Lehmann ZFB 1954 S.68; Jacob ZFB 1961 S.235; so auch die juristische Literatur, z.B. RG JW 1936 S.3118 (zust.Anm. Bach).

Die Höhe des kalkulatorischen Unternehmerlohnes und damit die Höhe des Korrekturpostens richtet sich nach dem Entgelt, das ein Angestellter für eine gleichwertige Tätigkeit bekommt. Im Einzelfall wird die Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit gleichwertig ist, nicht einheitlich beantwortet werden können, da die Gleichwertigkeit kein objektiv feststellbares Merkmal ist. Die Festsetzung der Höhe des Korrekturpostens ist nur dann von Subjektivismen frei, wenn man objektive Kriterien für das Vorliegen einer Gleichwertigkeit einführt, etwa den Umsatz, den Geschäftszweig, die Beschäftigtenzahl. Diese Lösung ist aber insofern unbefriedigend, als sie Unterscheidungsmerkmale der Unternehmen, welche die verglichenen Tätigkeiten ungleichwertig machen, etwa die Produktionstiefe oder den Standort, nicht beachtet.

Verdeckte Gewinnausschüttungen gehören zum Ertrag und sind daher zu den Bilanzgewinnen, soweit sie in ihnen nicht enthalten sind, zu addieren. ¹⁾ Verdeckte Gewinnausschüttungen sind gegeben, wenn den Gesellschaftern Vorteile gewährt werden, welche Fremden nicht zuerkannt würden. Es ist vor allem an niedrig verzinsliche Darlehen und günstige Bedingungen in Kauf-, Miet- oder Pachtverträgen zu denken. ²⁾ Auch hier wird es im Einzelfall nicht leicht sein, das Ausmaß einer solchen Gewinnausschüttung festzustellen, da es nicht auf dahingehende Vereinbarungen der Gesellschafter ankommt. Entscheidend ist die objektive Sachlage. Die Zugehörigkeit von Tantiemen, Gewinnbeteiligungen, Gratifikationen u.ä. zum Ertrag i.S. der Unternehmensbewertung hängt nach Mellerowicz ³⁾ von der Branchenüblichkeit der Zahlungen ab.

1) Hasenack Vorwort zu Mellerowicz; Mellerowicz S.64.

2) Vgl. § 19 KStDV mit weiteren Beispielen.

3) Mellerowicz S.65.

Branchenübliche Zahlungen sind nach Mellerowicz keine Ertragsbestandteile, da es "hier nicht von der individuellen Unternehmerdisposition abhängt, ob diese Lasten den Gewinn schmälern". Zahlungen, die nicht branchenüblich sind, dürfte Mellerowicz dagegen als Gewinnverwendung, also als Ertragsbestandteil ansehen, so daß in Höhe dieser Zahlungen ein Betrag zu den Bilanzgewinnen addiert werden muß.

b) 2.Phase: Schaffung von vergleichbaren Größen für die Erträge der vergangenen Geschäftsjahre

In der zweiten Ermittlungsphase sind die durch die Korrekturen festgestellten Größen untereinander vergleichbar zu machen, damit die Entwicklungstendenz der vergangenen Geschäftsjahre, mit deren Hilfe die Entwicklungstendenz der Zukunft bestimmt werden soll, sichtbar wird. Die Vergleichbarkeit kann durch eine unrichtige Periodisierung (aa) durch Geldwertschwankungen (bb) und durch Kapitaländerungen (cc) gestört werden.

aa) Unrichtige Periodisierung

Die Bilanzgewinne jeder Periode sind auf solche Erfolgsposten zu überprüfen, die einer anderen Periode zugerechnet werden müssen. Das ist durchweg bei außerordentlichen Erfolgsposten der Fall. ¹⁾ So mindert die nach einer Betriebsprüfung zu leistende Steuernachzahlung im Rahmen der Unternehmensbewertung nicht den Ertrag der Periode, in welcher die Steuernachzahlung zu leisten ist, sondern den Ertrag der Periode, in welcher die besteuerten Vorgänge liegen.

1) Vgl. Schmalenbach Finanzierung S.41; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.5; Husemann DB 1951 S.138; Mellerowicz S.58 u.64; Lackmann S.42

bb) Geldwertschwankungen

Es ist bestritten, ob und wie Geldwertschwankungen innerhalb des betrachteten Zeitraumes auszugleichen sind. Da der durch Korrekturen aus den Bilanzgewinnen ermittelte Ertrag der einzelnen Geschäftsjahre bei Geldwertschwankungen nicht mit dem gleichen Maßstab gemessen wird, sind die Größen der Geschäftsjahre nicht vergleichbar. Ein Ausgleich von Geldwertschwankungen erscheint daher sachgerecht. ¹⁾ Während Mellerowicz ohne Begründung auf einen Ausgleich verzichtet ²⁾ und andere Autoren diese Maßnahme nicht einmal erwähnen, gibt eine dritte Gruppe von Autoren verschiedene Berechnungsarten an. ³⁾ Man kann den Ertrag der verschiedenen Geschäftsjahre in einer "wertstabilen Währungseinheit" ⁴⁾ oder mit dem Geldwert des Bewertungsstichtages ausdrücken. Im letzten Fall erfolgt die Umrechnung auf den Bewertungsstichtag mit Hilfe eines Index. Es taucht dann weiter die Frage auf, welcher Index zu verwenden ist. Während einige Autoren den Preisindex für die Lebenshaltung annehmen ⁵⁾, zieht Busse von Colbe den Index für Großhandelspreise oder auch eine Kombination von Indizes vor, weil sonst nur die Konsumpreise beachtet werden. ⁶⁾

-
- 1) Über die Auswirkung von Geldwertschwankungen vgl. Busse v. Colbe S.87.
 - 2) a.a.O. S.57.
 - 3) Jonas ZFB 1954 S.170; Lehmann ZFB 1954 S.467; Münstermann HWB I 1956 S.1066; Busse v. Colbe S.88.
 - 4) Münstermann HWB I 1956 S.1066.
 - 5) Münstermann HWB I 1956 S.1066; Jonas ZFB 1954 S.170.
 - 6) a.a.O., S.88.

cc) Kapitaländerungen

Wenn die unterschiedliche Höhe des Ertrages in den einzelnen Geschäftsjahren durch Kapitaländerungen verursacht ist, dann macht Schmalenbach die Größen durch eine Maßnahme vergleichbar, die von kaum einem anderen Autor auch nur erwähnt wird. Er bezieht den Ertrag aller Geschäftsjahre auf die Kapitalverhältnisse am Bewertungsstichtag. Wenn in einem früheren Geschäftsjahr nur ein Ertrag in Höhe von 50% der am Bewertungsstichtag geltenden Höhe entstanden ist, wenn diese niedrigere Höhe aber mit einem Kapital in Höhe von 50% der Höhe am Bewertungsstichtage erreicht ist, dann sind die beiden Größen nach Schmalenbach als gleichwertig anzusehen.

Diese einfache Rechnung setzt aber voraus, daß die Kapitalien hinsichtlich der ihnen zukommenden Ertragskraft als gleichwertig angesehen werden können. Nach Schmalenbach ist die Ertragskraft des Neukapitales aber im allgemeinen geringer als diejenige des Altkapitales. ¹⁾ Da das Ausmaß der Ertragskraft für die einzelnen Kapitalien selbst durch komplizierte Rechnungen nicht eindeutig feststellbar ist, bietet die gesetzliche Regelung auch bei dieser Maßnahme einen Ansatzpunkt für Streitigkeiten. ²⁾

c) 3.Phase: Ermittlung einer einheitlichen Größe "Ertrag" unter Beachtung zukünftiger Verhältnisse

In der dritten Ermittlungsphase sind die vergleichbaren Erträge vergangener Geschäftsjahre zunächst auf die Zukunft zu beziehen. Es sind die Einflüsse der Konjunktur auf die ermittelten Vergangenheitsgrößen und auf

1) Schmalenbach Finanzierung S.47.

2) Schmalenbach Finanzierung S.47; Klein S.42.

den gesuchten Zukunftsertrag zu beachten (aa). Außerdem sind andere Einflüsse der Zukunft zu berücksichtigen und nur historische Einflüsse auszuschalten. (bb) Die so auf die Zukunft bezogenen mehreren Vergangenheitsgrößen müssen zu der einheitlichen Größe "Zukunftsertrag" zusammengefaßt werden (cc).

aa) Konjunkturzyklus

Da die endgültig gesuchte Größe "Ertrag" als Größe desjenigen Nutzens ermittelt werden soll, der den Inhabern des Unternehmens in zukünftigen Geschäftsjahren zufließt, können die für vergangene Geschäftsjahre ermittelten Erträge nicht unbedingt maßgebend sein. Eine in dem beobachteten vergangenen Zeitraum herrschende Hochkonjunktur kann ebensowenig wie eine in diesem Zeitraum gegebene Depression als Einflußfaktor für die Zukunftsgrößen beachtet werden. ¹⁾

So errechnet man die Vergangenheitserträge nur für solche Perioden, die eine mittlere Konjunkturlage wiedergeben ²⁾, oder man vergleicht die Perioden eines ganzen Konjunkturzyklus ³⁾.

Diese beiden Methoden haben den Nachteil, daß unter Umständen sehr weit zurückliegende Perioden beachtet werden, so daß Strukturveränderungen des Unternehmens nicht berücksichtigt werden können. Die Prüfung eines ganzen Konjunkturzyklus erscheint auch wegen des damit verbundenen geldlichen und zeitlichen Aufwandes kaum möglich. ⁴⁾

Wegen der besseren Anpassungsfähigkeit dürfte die Methode Schmalenbachs richtiger sein, wonach die letzten Geschäftsjahre geprüft und die gefundenen Werte ohne sche-

1) Vgl. Mellerowicz S.66; Lackmann S.42; Viel Wpg 1954 S.366.

2) Mellerowicz S.67.

3) Viel Wpg 1954 S.366; vgl. auch Mellerowicz S.66; Münstermann HWB I 1956 S.1066.

4) Schmalenbach Finanzierung S.43 f.; Velder DB 1955 S.926.

matisches Verfahren auf eine mittlere Konjunkturlage hin korrigiert werden. ¹⁾

Eine rechnerische Methode liefert noch Leffson ²⁾, die aber auf der nicht bedenkenfreien Unterstellung aufbaut, daß auch für die Zukunft die Vorstellung eines mit gewisser Regelmäßigkeit ablaufenden Konjunkturzyklus gilt. ³⁾

bb) Einbeziehung anderer zukünftiger Einflüsse und Ausschaltung nur historischer Einflüsse

Bei der Projizierung der Vergangenheitsgrößen auf die Zukunft sind außer der zukünftigen Konjunkturlage auch alle übrigen zukünftigen Einflüsse zu beachten. ⁴⁾ So kann der geplante Beitritt zu einem Kartell positiv, eine zu erwartende Steuererhöhung dagegen negativ auf den Zukunftsertrag einwirken. Entsprechend wie die Konjunkturlage der Vergangenheit sind andere nur historische Einflüsse auszuschalten. ⁵⁾ Dabei ist etwa an Zölle, Kontingentierungen, Subventionen zu denken, welche den bisherigen Ertrag erhöht haben, inzwischen aber weggefallen sind. Im Einzelfall ist es problematisch, die verschiedenen Einflüsse herauszufinden und sie ziffernmäßig zu bewerten. Unterschiede im Ergebnis sind nicht zu vermeiden.

cc) Einheitliche Größe durch Berechnung des arithmetischen Mittels

Nachdem die Erträge der vergangenen Geschäftsjahre auf die Zukunft projiziert sind, ist aus diesen verschiedenen Größen noch ein einheitlicher Wert zu bilden, der den gesuchten Zukunftsertrag darstellt, dessen gleichmäßiges Zufließen in allen zukünftigen Geschäfts-

1) Schmalenbach Finanzierung S.43 f.

2) ZfhF 1950 S.160 ff.

3) Vgl. Hax in Vorbemerkung zu Leffson ZfhF 1950 S.160

4) Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.5.

5) Hasenack in Vorwort zu Mellerowicz.

jahren unterstellt wird. Diese einheitliche Größe wird durch das arithmetische Mittel der vergangenen, auf die Zukunft projizierten Größen gebildet. ¹⁾

Zweifelhaft ist aber noch, wieviele und welche Vergangenheitswerte zur Bildung des arithmetischen Mittels heranzuziehen sind. Je mehr Vergangenheitswerte verwendet werden, desto eher werden vom Durchschnitt abweichende Größen ausgeschaltet, desto größer ist aber auch die Gefahr, daß Strukturveränderungen des Unternehmens nicht beachtet werden. Daher prüft man im allgemeinen nur drei, fünf oder sieben vergangene Geschäftsjahre und bildet aus den entsprechenden Größen, evtl. unter Nichtbeachtung des höchsten und des niedrigsten Wertes das arithmetische Mittel. ²⁾

3. Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes

Der Kapitalisierungszinsfuß, die Größe p der Formel zur Errechnung des Ertragswertes ³⁾, stellt diejenige Effektivverzinsung dar, welche ein Investor aus einer Kapitalanlage in einem derartigen Unternehmen erwartet.

Diese Größe ergibt sich aus einem Vergleich der Anlage in einem derartigen Unternehmen mit anderen für den Investor in Betracht kommenden Investitionsmöglichkeiten. Dabei sind die Vorteile und Nachteile aller Investitionsmöglichkeiten sowie die bei anderen Investitionsmöglichkeiten zu erzielende Effektivverzinsung zu beachten. ⁴⁾

1) Teilweise geht man in umgekehrter Reihenfolge vor, indem man zunächst eine einheitliche Größe ermittelt und diese dann erst auf die zukünftigen Verhältnisse projiziert.

2) Schmalenbach Finanzierung S.42; Potthoff-Zintzen S.204 ff.; Schwarze S.28.

3) Vgl. oben S. 20.

4) Ähnlich Mellerowicz S.73.

Die meisten Autoren gehen daher von einer Vergleichsinvestition aus und betrachten deren Effektivverzinsung als Grundzinsfuß (vgl.a), aus dem sich der Kapitalisierungszinsfuß durch Zuschläge für solche Nachteile (b) und Abschläge für solche Vorteile (c) ergibt, welche die Anlage in einem derartigen Unternehmen im Verhältnis zur Vergleichsinvestition bieten. ¹⁾

a) Bestimmung des Grundzinsfußes

Es ist streitig, welche Investitionsmöglichkeit zum Vergleich heranzuziehen ist. Die h.M. ²⁾ geht von der langfristigen, risikoarmen Anlage zum sog. landesüblichen Zinsfuß aus. In Betracht kommen u.a. die Anlage in Pfandbriefen oder erststelligen Hypotheken. Diese Anlagemöglichkeiten erscheinen insbesondere deswegen für einen Vergleich geeignet, weil sie jedem Investor zugänglich sind. Aus diesem Grunde kann auch die Anlage in Aktien mit der durchschnittlichen Aktienrendite als Grundzinsfuß die Vergleichsinvestition darstellen. ³⁾ Es ist aber zu beachten, daß die Anlage in Aktien und die Anlage zum landesüblichen Zinsfuß unterschiedliche Verhältnisse bieten, so daß auch die Zuschläge/Abschläge nicht gleich sind.

Wenn einige Autoren die Anlage in einem durchschnittlichen Unternehmen der Branche als Vergleichsinvestition annehmen und daher die durchschnittliche Branchenrendite als Grundzinsfuß ansetzen ⁴⁾, so kann dem nicht gefolgt

1) Mellerowicz S.73.

2) Münstermann HWB I 1956 S.1066; Prion ZfhF 1939 S.393; Walb ZfhF 1940 S.1; Krönke ZFB 1951 S.150 ff. Tymkiw S.32; Hartmann S.193 u.200; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.6 f.; Jonas ZFB 1954 S.481; Bußmann S.75; Husemann DB 1951 S.139; Busse v.Colbe S.109 ff.

3) Schmalenbach Finanzierung S.53 f.

4) Viel Wpg 1954 S.367; vgl. auch Mellerowicz S.79, der als Grundzinsfuß das Mittel aus landesüblichem Zinsfuß und Branchenrendite zugrundelegt.

werden. Man käme zu folgendem sonderbaren Ergebnis: Ein Unternehmen hätte bei Zugehörigkeit zu einer völlig über-
setzten Branche mit geringer Rendite einen höheren Wert,
als wenn es mit gleichem Ertrag in einer Branche mit ho-
her Rendite betrieben wird. ¹⁾

Auler geht nicht von einer Vergleichsinvestition und
einem Grundzinsfuß aus, sondern hält die Rendite des zu
bewertenden Unternehmens für den Kapitalisierungszins-
fuß. ²⁾ Nach Auler käme man zu dem unhaltbaren Ergebnis,
daß der Wert eines Unternehmens desto niedriger ist, je
höher sich seine Rendite darstellt. ³⁾

Als Grundzinsfuß wird noch der kalkulatorische Zinsfuß
vorgeschlagen. Er ist jedoch als zu schematisch abzuleh-
nen. ⁴⁾ Auch der effektive Fremdkapitalzinsfuß kommt als
Grundzinsfuß nicht in Betracht, weil die Höhe des Fremd-
kapitalzinsfußes von Momenten abhängig ist, die für die
Unternehmensbewertung keine Bedeutung haben. ⁵⁾

Die durch die zahlreichen unterschiedlichen Lehrmeinungen
hervorgerufene Nichteindeutigkeit wird noch dadurch er-
höht, daß auch über die ziffernmäßige Bestimmung des
Grundzinsfußes zu den verschiedenen Vergleichsinvestiti-
onen keine Einigkeit besteht. Das gilt insbesondere für
den sog. landesüblichen Zinsfuß.

Wenn man die Effektivverzinsung von Pfandbriefen oder
diejenige von erststelligen Hypotheken als maßgebend an-
sieht, ist zu beachten, daß noch gebietsmäßige Unter-
schiede sowie Unterschiede zwischen den einzelnen Kredit-
instituten bestehen. Weiterhin kann man die Durchschnitts-
verzinsung aus mehreren Anlagemöglichkeiten zugrundelegen. ⁶⁾

1) Busse v. Colbe S.114; Gutenberg HWB I 1938 S.2049;
Jonas ZFB 1954 S.493; Diez Wpg 1955 S.3; Schubert
JW 1928 S.595.

2) Auler ZFB 1927 S.731.

3) Ablehnend daher Busse von Colbe S.114; Klein S.43 ff.

4) So Jonas ZFB 1954 S.494.

5) Ebenda.

6) Münstermann HWB I 1956 S.1066.

Dabei besteht auch noch die Möglichkeit, die verschiedenen Zinsfüße zu gewichten. ¹⁾ Großmann schließlich bildet einen Durchschnittssatz und gleicht diesen dem Notenbankdiskontsatz an. ²⁾

Es erscheint gleichgültig, aus welcher Anlagemöglichkeit man den landesüblichen Zinsfuß entnimmt, wenn man nur die besonderen Verhältnisse der Anlagen beachtet und danach die Zu- und Abschläge bemißt. ³⁾ Wenn man den landesüblichen Zinsfuß nicht aus tatsächlichen, sondern aus fiktiven Anlagemöglichkeiten entnimmt, indem man etwa einen Durchschnittssatz aus mehreren Anlagemöglichkeiten zugrundelegt, kann man die besonderen Verhältnisse der einzelnen Anlagemöglichkeiten nur noch unvollkommen ermitteln und berücksichtigen. Dieser Mangel macht die Durchschnittssätze für die Bildung des landesüblichen Zinsfußes jedoch nicht unbrauchbar, weil die besonderen Verhältnisse der einzelnen Anlagemöglichkeiten ohnehin nicht eindeutig zu ermitteln sind.

b) Zuschläge für Nachteile der Anlage in einem derartigen Unternehmen

Für die Zuschläge, die zu dem Grundzinsfuß zu erheben sind, muß in erster Linie das allgemeine Unternehmerwagnis beachtet werden. ⁴⁾ Im Unterschied zu den Einzelrisiken, die schon in der Bilanz als Gewinnminderung in Form von Versicherungsprämien oder Rückstellungen berücksichtigt werden ⁵⁾, handelt es sich hier um ein nicht spe-

1) Vgl. Jonas ZFB 1954, S.491 f.

2) Anggeführt bei Diez Wpg 1955 S.5.

3) Vgl. z.B. den Unterschied in der Mobilisierbarkeit bei Hypotheken und Pfandbriefen.

4) Velder DB 1955 S.927.

5) Busse v.Colbe S.107; vgl. auch Diez Wpg 1955 S.3 ff., der mit nicht stichhaltiger Begründung auch das allgemeine Unternehmerwagnis als Gewinnminderung berücksichtigen will.

zifizierbares Risiko. Es besteht in der Gefahr, daß der Investor zeitweilig oder dauernd eine niedrigere oder keine Verzinsung erzielt und sein Investitionskapital, evtl. auch sein Privatvermögen, ganz oder teilweise verliert. ¹⁾

Die Höhe des Zuschlages richtet sich danach, wie groß die Gefahr für solche Verluste im Verhältnis zu dem Risiko bei der Vergleichsinvestition zu veranschlagen ist. Die meisten Autoren stellen auf bestimmte in dem zu bewertenden Unternehmen wirksame Faktoren ab, die das Risiko beeinflussen können. ²⁾

Ein bedeutsamer Faktor ist die Rechtsform der Gesellschaft, die das Unternehmen betreibt. Die Rechtsform der OHG ist als risikoreich zu bezeichnen, weil der Investor im Gegensatz etwa zu der Rechtsform der AG mit seinem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. ³⁾

Die Rechtsform kann auch insofern einen Einfluß auf das Risiko haben, als von ihr die Qualität der Unternehmensleitung bestimmt werden kann. Bei Kapitalgesellschaften ist regelmäßig eine fachlich qualifiziertere Leitung zu finden, da bei der Auswahl familiäre Bindungen überhaupt nicht oder doch in geringerem Maße beachtet werden müssen. Andererseits wird die Unternehmensleitung einer OHG mit größerem persönlichen Einsatz arbeiten als die angestellten Leiter einer Kapitalgesellschaft, da die Unternehmensleitung einer OHG ihr eigenes Vermögen verwaltet. ⁴⁾

1) Busse v.Colbe S.109; Bußmann S.75.

2) Vgl. etwa Busse v.Colbe S.112.

3) Vgl. für die persönliche, also unbeschränkte Haftung § 128 HGB (OHG), §§ 161 II, 128 HGB (Komplementär der KG); für die beschränkte Haftung § 171 HGB (Kommanditist der KG), § 1 AktG (AG), § 13 II GmbHG (GmbH).

4) Mellerowicz S.86; Tymkiw S.34 f.

Die Rechtsform der OHG soll auch deswegen risikoreicher sein als etwa die Rechtsform der AG, weil für die AG strenge Publizitätsvorschriften gelten, welche die Situation des Unternehmens erkennen lassen. ¹⁾

Schließlich ist die Rechtsform auch bestimmend für die Höhe des Finanzierungsrisikos, weil der Zugang zum Kapitalmarkt unter anderem von der Rechtsform beeinflusst wird. ²⁾

Neben der Rechtsform ist die Betriebsgröße als Einflußfaktor zu beachten. ³⁾ Eine umfangreiche Betriebsgröße erlaubt die Erlangung einer starken Marktposition, die das Marktrisiko mindern kann. - Von einer bestimmten Betriebsgröße an wird auch die Schaffung von Zusatzbereichen wie einer Marktforschungsabteilung oder einer Entwicklungsabteilung rentabel, die risikomindernd wirken können. - Es ist allerdings zu beachten, daß der Großbetrieb auch ein dem kleinen Betrieb in diesem Maße nicht bekanntes Risiko enthält. Die kostengünstigeren Großaggregate, die wegen ihrer Unteilbarkeit nur von Großbetrieben eingesetzt werden können ⁴⁾, bieten wegen dieser Unteilbarkeit bei rückläufiger Beschäftigung nur geringe kostensenkende Anpassungsmöglichkeiten. Es besteht also die Gefahr von Verlusten durch überhöhte Kosten.

Auch die Art des Geschäftszweiges kann das Risiko beeinflussen. So ist der Absatz von Konsumgütern weniger anfällig als derjenige von Luxusartikeln. ⁵⁾

1) Mellerowicz S.87.

2) Mellerowicz S.87; Tymkiw S.34 ff.

3) Mellerowicz S.87 f.; Velder DB 1955 S.927; Tymkiw S.34 ff.

4) Vgl. dazu Koch HdSW 2 S.87.

5) Tymkiw S.34 ff.; Beste ZfHf 1924 S.97; Mellerowicz S.89; Hartmann S.193; Husemann DB 1951 S.329; Velder DB 1955 S.927.

Beachtenswerte Faktoren sind außerdem die Kapitalstruktur ¹⁾, Standort und Ruf des Unternehmens ²⁾ u.a.

Bußmann ³⁾ lehnt die Ermittlung des Risikozuschlages an Hand der genannten Faktoren ab. Für dieses Verfahren gibt es nach seiner Ansicht keine betriebswirtschaftlich-wissenschaftliche Begründung. Er selbst geht für sein rechnerisches Verfahren davon aus, daß das Risiko sich mit wachsender Gewinnstetigkeit vermindert. Die Grundgröße für seine Berechnung gewinnt er, indem er für die Vergangenheitsgewinne einen Trend feststellt und die durchschnittliche Abweichung der Gewinne vom Trend zu der Summe der tatsächlichen Gewinne ins Verhältnis setzt. ⁴⁾ Von einer betriebswirtschaftlich-wissenschaftlichen Begründung kann aber auch bei diesem Verfahren keine Rede sein. Die Vorstellung von einer Abhängigkeit des Risikos von der Gewinnstetigkeit kann nicht verallgemeinert werden. Außerdem beachtet Bußmann nur die Vergangenheit, während es auf das zukünftige Risiko ankommt. Er kann daher nur eine sehr schematische Lösung bieten. ⁵⁾

Die Berechnung des Risikozuschlages kann nicht eindeutig erfolgen. Das gilt auch dann, wenn man von der Außenseitermeinung Bußmanns absieht und nur die Berechnung an Hand der Faktoren betrachtet. Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der einzelnen Faktoren bietet nicht schon einen bezifferten Risikozuschlag. Die Schwierigkeit besteht darin, die Gewichtigkeit der Faktoren im Einzelfall zu bestimmen. Dabei darf die Annahme, daß die

1) Vgl. Mellerowicz S.89; Viel Wpg 1954 S.367.

2) Busse v.Colbe S.llo; Mellerowicz S.89.

3) a.a.O. S.75 f.

4) Bußmann S.76 ff.; eine Beschreibung des Verfahrens bringt auch Busse von Colbe S.lll.

5) Busse von Colbe S.lll.

genannten Faktoren das Risiko beeinflussen, nicht verallgemeinert werden. Die Berechnung ist außerdem kompliziert, so daß nur Sachverständige nach eingehender Beobachtung den Risikozuschlag bestimmen können.

Als weiterer Nachteil der Anlage in einem Unternehmen muß die geringere Mobilisierbarkeit durch einen Zuschlag berücksichtigt werden. Diesen Punkt bewertet Schmalenbach so stark, daß er einen Zuschlag von 50% vom Grundzinsfuß für gerechtfertigt hält. ¹⁾

Einen Zuschlag für politische Risiken (Sozialisierung, Enteignung, Krieg) lehnt Hartmann als zum "Bereich der reinen Spekulation" gehörend ab. ²⁾ Im Ergebnis ist der Ansicht zuzustimmen, da auch die Vergleichsinvestition mit diesen Risiken behaftet ist. Bei der Bemessung der Zuschläge und Abschläge kommt es aber nur auf den Unterschied zu den Vergleichsinvestitionen an.

c) Abschläge für Vorteile der Anlage in einem derartigen Unternehmen

Da eine Geldentwertung die Anlagen in Sachwerten weniger beeinträchtigt als solche in nominell gebundenen Werten, ist ein Abschlag zu machen, wenn die Vergleichsinvestition in nominell gebundenen Werten erfolgt (Pfandbriefe, Hypotheken, anders Aktien). ³⁾ Hartmann berechnet die Höhe des Abschlages, indem er den Wertverlust der Aktien mit demjenigen der Obligationen während der beiden radikalen deutschen Geldentwertungen vergleicht. Der Wertverlust beider Anlagen wird als Vom-Hundert-Satz des Ursprungswertes ermittelt.

1) Schmalenbach Finanzierung S.53; so auch Tymkiw S. 34 ff.; Beste ZfhF 1924 S.97. a.A.Schnettler S.71.

2) a.a.O. S.194.

3) Busse v.Colbe S.112; Krönke ZFB 1951 S.150 ff.; Hartmann S.200.

Die Differenz der beiden Vom-Hundert-Sätze ergibt den prozentualen Abschlag vom Grundzinsfuß. ¹⁾ Auch Hartmann gibt zu, daß dieses schematische Verfahren nur sehr wenig befriedigend ist.

Gerade für die Berechnung dieses wichtigen Punktes gibt es bisher jedoch überhaupt keine annehmbare Möglichkeit. Daher werden zahlreiche Berechnungsverfahren angewandt, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. - Jonas lehnt den Abschlag ganz ab, weil die Anlagen in Sachwerten durch andere Gefahren bedroht sind, so daß sich der Unterschied bezüglich des Geldwertrisikos ausgleicht.²⁾ Diese Betrachtungsweise dürfte aber zu oberflächlich sein und sich nur als Resignation vor der Kompliziertheit der Bestimmung eines solchen Abschlages erklären lassen.

Als weiteren durch einen Abschlag zu berücksichtigenden Vorteil bietet die Anlage in einem von einer OHG betriebenen Unternehmen die Möglichkeit zu beruflicher Betätigung und damit eine gewisse persönliche Sicherheit. ³⁾ Es wäre konsequent, auch weitere Vorteile durch einen Abschlag zu berücksichtigen. Zu denen ist etwa an Prestigegewinn und Selbständigkeit.

-
- 1) Hartmann a.a.O. S.200 bringt folgendes leicht geändertes Zahlenbeispiel:

Wertverlustdifferenz

Wertverlust bei Aktien	50 %
Wertverlust bei Obligationen	85 %
Differenz	35 %

Auswirkung auf Kapitalisierungszinsfuß

Grundzinsfuß	10 %
Abschlag f. Geldwertrisiko (35% von 10%)	3,5 %
Anzuwendender Kapitalisierungszinsfuß	6,5 %

- 2) Jonas ZFB 1954 S.490.

- 3) Schmalenbach Finanzierung S.50 f.

Gerade eine Beachtung solcher Faktoren, die ziffernmäßig kaum bewertet werden können, dürfte die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung erhöhen.

4. Korrekturen des Ertragswertes hinsichtlich des Konkurrenzrisikos und anderer Faktoren

Nach einer Darlegung von Sinn und Grundlage der Korrekturen (a) werden die Korrekturen bei rentablen (b) und unrentablen Unternehmen (c) untersucht.

a) Sinn und Grundlage der Korrekturen

Wenn man die Größen "Ertrag" (E) und "Kapitalisierungszinsfuß" (p) richtig ermittelt hat, kann man durch Einsetzen dieser Größen in die Formel für ewige Renten ¹⁾ den Wert des Gesellschaftsvermögens (§ 738 BGB) berechnen. Da die Ermittlung der Rechnungsgrößen jedoch nur auf sehr vagen Schätzungen beruht, so daß der richtige Ansatz für die Größen regelmäßig nicht gefunden wird, betrachten die meisten Autoren den gefundenen Ertragswert nur als vorläufigen Wert des Gesellschaftsvermögens, aus welchem sich der endgültige Wert erst nach Korrekturen ergibt. ²⁾

Das Ausmaß der Korrekturen richtet sich nach der Differenz von Substanzwert und Ertragswert (= vorläufiger Wert des Gesellschaftsvermögens). Dieser Bemessung liegt der Gedanke zugrunde, daß der Umfang des Substanz-

1) Vgl. oben S.20.

2) Mellerowicz S.19 f.; Jonas ZFB 1954 S.20; Münstermann HWB 1956 I S.1061 f.; Hartmann S.200; Schmalenbach Finanzierung S.58; Kenntemich Wpg 1956 S.194; Krönke ZFB 1951 S.151 ff.; Velder DB 1955 S.925 ff.; a.A. Klein 47, der ohne Korrekturen zu einem endgültigen Ertragswert kommt, "wenn der Zins mit der notwendigen Sorgfalt ermittelt ist".

wertes auf den Ertrag einwirkt und zwar um so stärker, je größer die Differenz zwischen Substanzwert und Ertragswert ist.

So wirkt ein großer Umfang des Substanzwertes wegen der Kapitalintensität der heutigen Wirtschaft ertragsfördernd. Ein umfangreicher Substanzwert verringert auch die Gefahr, durch Konkurrenten in irgendeiner Weise aus dem Markt gedrängt zu werden (allgemeines Konkurrenzrisiko). Andererseits werden durch einen im Verhältnis zum Ertragswert und damit im Verhältnis zum Ertrag niedrigen Substanzwert nach Ansicht der h.M. Neugründungen und Erweiterungsinvestitionen der Konkurrenten gefördert. Dadurch würde der zukünftige Ertrag wegen des erhöhten Angebotes und des danach folgenden Preisverfalles vermindert (spezielles Konkurrenzrisiko). ¹⁾

In der Literatur finden sich fast ausschließlich Korrekturen, welche das Konkurrenzrisiko ausgleichen sollen. Nur Mellerowicz beachtet auch andere Einflüsse des Substanzwertes. ²⁾ Während dieser Autor die Korrekturen durch Schätzung vornimmt, ³⁾ gehen die anderen Autoren mit Hilfe von Rechenoperationen vor. ⁴⁾

1) Hartmann S.202; Velder DB 1955 S.926; richtig führt aber Jacob ZFB 1961 S.241 aus, daß die Höhe des Risikos nicht von der Differenz zwischen Ertragswert und Substanzwert bei dem zu bewertenden Unternehmen abhängen kann. Man würde sonst eine unterschiedliche Risikohöhe erhalten, je nachdem, ob ein Spitzenunternehmen oder ein Grenzunternehmen bewertet wird. Das spezielle Konkurrenzrisiko hängt vielmehr in erster Linie von der Branchenrendite ab.

2) Mellerowicz S.150 ff.

3) Mellerowicz S.19 ff.

4) Schmalenbach Finanzierung S.60 ff.; Jacob ZFB 1961 S.241 f.

b) Korrekturen bei rentablen Unternehmen

Wenn der Ertragswert den Substanzwert übersteigt, wenn also ein rentables Unternehmen zu bewerten ist, dann werden neben der Schätzungsmethode von Mellerowicz ¹⁾ vornehmlich folgende rechnerische Methoden angewandt:

Die Mittelwertmethode errechnet aus dem Ertragswert und dem Substanzwert einen Mittelwert, der den endgültigen Wert des Gesellschaftsvermögens (§ 738 BGB) darstellt. Für das Konkurrenzrisiko wird also vom vorläufigen Ertragswert ein Abschlag in Höhe der Differenz zwischen diesem Wert und dem Mittelwert angesetzt. Der Mittelwert kann als einfaches arithmetisches Mittel (einfache Mittelwertmethode) ²⁾ oder als gewogenes arithmetisches Mittel (verfeinerte Mittelwertmethode) ³⁾ angewandt werden.

Die Methode der Übergewinnkapitalisierung ⁴⁾ unterteilt den Ertrag in die Normalverzinsung des Substanzwertes

1) Mellerowicz S.19 ff.

2) Schmalenbach Finanzierung S.60; Hartmann S.202; Jacob ZFB 1960 S.133; dann ist der endgültige Ertragswert = $\frac{\text{Ertragswert} + \text{Substanzwert}}{2}$.

Die Methode wird von Prion ZfhF 1939, S.401 ff.; Jonas ZFB 1954 S.533 abgelehnt.

3) Viel Wpg 1954 S.242; Hartmann S.202; Husemann DB 1951 S.329 f.; dann ist der endgültige Ertragswert = $\frac{X \cdot \text{vorläufiger Ertragswert} + \text{Substanzwert}}{X + 1}$

Dabei ist X eine Zahl, die größer als 1 ist. Der vorläufige Ertragswert wird stärker als der Substanzwert berücksichtigt, so daß der endgültige Ertragswert näher am vorläufigen Ertragswert liegt als am Substanzwert. Theoretisch ist auch die stärkere Wichtung des Substanzwertes möglich.

4) Nach Schmalenbach Finanzierung S.68 Fußn.1 geht die Methode auf Fritz (ZfhF Jg.7 S.39 und 132) zurück. Zu der Methode vgl. auch Jacob ZFB 1960 S.140, ders. ZFB 1961 S.236; Hartmann S.202.

und in den Übergewinn. Auf beide Teile werden unterschiedliche Kapitalisierungszinsfüße angerechnet, wobei dem Übergewinn ein über das normale Maß hinausgehender Zinsfuß zukommt. Da der Ertragswert sich umgekehrt proportional zum Kapitalisierungszinsfuß verhält, vermindert sich der Ertragswert. Auch hier wird für das Konkurrenzrisiko ein Abschlag gemacht, dessen Höhe sich nach der Differenz zwischen Ertragswert und Substanzwert richtet.

Mit der einfachen Mittelwertmethode stimmt diese Berechnungsart im Ergebnis überein, wenn sich der allgemeine Kapitalisierungszinsfuß zu dem Übergewinnkapitalisierungszinsfuß wie 1 zu 2 verhält. ¹⁾ Da man meist nicht einen so stark überhöhten Übergewinnkapitalisierungszinsfuß wählt - Schmalenbach verwendet z.B. ein Verhältnis von 1 zu 1,5 ²⁾ - erhält man aus diesen Methoden unterschiedliche Ergebnisse.

Bei einer weiteren Methode wird das Konkurrenzrisiko berücksichtigt, indem Abschreibungen auf den Geschäftswert, dessen Höhe sich nach der Differenz zwischen Ertragswert und Substanzwert richtet, ertragmindernd berücksichtigt werden. ³⁾ Die Verminderung des Ertragswertes richtet sich auch hier nach der Differenz von Ertragswert und Substanzwert.

Für diese Methode gibt es zwei Variationen. Die Methode der laufenden Geschäftswertabschreibung berechnet die Abschreibungen für alle künftigen Jahre ⁴⁾, während nach

1) Jacob ZFB 1961 S.238.

2) Schmalenbach Finanzierung S.68.

3) Schmalenbach Finanzierung S.69; Hartmann S.202.

4) Beschrieben von Jacob ZFB 1960 S.134 ff. und 212, ders. ZFB 1961 S.238 f.

der Methode der befristeten Geschäftswertabschreibung Minderungen nur so lange zu berechnen sind, bis der Geschäftswert abgeschrieben ist. ¹⁾

Die erste Variation führt zu dem gleichen Ergebnis wie die Methode der Übergewinnkapitalisierung, wenn die Summe aus dem Abschreibungssatz auf den Geschäftswert und dem allgemeinen Kapitalisierungszinsfuß dem Übergewinnkapitalisierungszinsfuß entspricht. ²⁾ Mit der einfachen Mittelwertmethode besteht im Ergebnis Übereinstimmung, wenn der Kapitalisierungszinsfuß gleich dem Abschreibungssatz für den Geschäftswert ist. ³⁾ - Für die zweite Variation erhält man nur dann das gleiche Ergebnis wie bei Anwendung der einfachen Mittelwertmethode, wenn der Geschäftswert bereits zu Beginn des ersten Jahres voll abgeschrieben wird. ⁴⁾ Da diese engen Voraussetzungen praktisch kaum gegeben sein werden, bringt diese Methode weitere unterschiedliche Ergebnisse.

c) Korrekturen bei unrentablen Unternehmen

Wenn ein unrentables Unternehmen zu bewerten ist, kommt die Schätzungsmethode von Mellerowicz in Betracht, die einen Zuschlag zu dem vorläufigen Ertragswert für das "negative Konkurrenzrisiko" berechnet. Durch die schlechte Ertragslage werden auf lange Sicht Mitkonkurrenten ausscheiden, so daß mit einer allmählichen Ertragsbesserung zu rechnen ist. ⁵⁾ - Demgegenüber ver-

-
- 1) Schmalenbach Finanzierung S.69 ff.; ablehnend Bartke BFuP 1961 S.403 ff.; bezüglich der Argumente für und gegen diese beiden Variationen vgl. noch Jacob ZFB 1960 S.211 ff., der die zweite Variation allerdings irrtümlich als Methode Gref bezeichnet (ZFB 1960 S.136), während Schmalenbach (Finanzierung S.72), auf den sich Jacob bezieht, die Methode der Übergewinnkapitalisierung Gref zuschreibt.
 - 2) Jacob ZFB 1961 S.238 FuBn. 23.
 - 3) Jacob ZFB 1960 S.135.
 - 4) Jacob ZFB 1960 S.137.
 - 5) Mellerowicz S.40.

zichtet Schmalenbach bei unrentablen Unternehmen vollständig auf Korrekturen. ¹⁾

Eine rechnerische Korrektur führt die Mittelwertmethode durch, indem ein Zuschlag in Höhe der Differenz zwischen dem vorläufigen Ertragswert und dem Mittelwert angesetzt wird. ²⁾

Eine weitere Korrekturmethode, die allerdings nicht das "negative Konkurrenzrisiko" ausgleichen soll, wird von Möhle erwähnt. ³⁾ Der Methode liegt folgender Gedanke zugrunde: Der vorläufige Ertragswert ist unter Ansatz von Abschreibungsbeträgen gem. dem Substanzwert ermittelt worden. Da der Käufer die Abschreibungsbeträge gemäß dem Kaufpreis anzusetzen hat, der bei einem unrentablen Unternehmen unter dem Substanzwert liegt, sind bei der Berechnung des Ertragswertes niedrigere Abschreibungsbeträge zu beachten. Der Ertrag wird demnach durch Abschreibungen in geringerem Maße vermindert, so daß sich ein gegenüber dem vorläufigen Ertragswert erhöhter endgültiger Ertragswert ergibt. ⁴⁾

Selbst diese nicht vollständige Aufzählung ⁵⁾ der Korrekturmethode macht klar, daß zahlreiche unterschiedliche Ergebnisse ermittelt werden können, so daß die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung weiter

1) Finanzierung S.65.

2) Möhle ZFB 1950 S.647 und Husemann DB 1951 S.330 f. lehnen diese Methode als zu willkürlich ab.

3) Möhle ZFB 1950 S.647; vgl. auch Gelhausen Wpg 1948 S.10.

4) Ablehnend Krönke ZFB 1951 S.142.

5) Zu weniger gebräuchlichen Methoden vgl. Jacob ZFB 1960 S.131 ff. und S.209 ff.; Hartmann S.202; Bankmann S.13; vgl. auch die von Forster NB 1953, S.110 abgelehnte Methode von Greiner NB 1951 S.21.

verstärkt wird. ¹⁾

III. Ermittlung des Substanzwertes ²⁾

Zunächst sind einige Grundfragen der Ermittlung zu klären (1). Danach wird die Ermittlung selbst untersucht (2).

1. Grundfragen der Ermittlung

Insbesondere folgende Fragen sind nicht geklärt und führen daher zu Nichteindeutigkeiten der gesetzlichen Regelung: Ist der Substanzwert des Reinvermögens oder derjenige des Rohvermögens zu ermitteln (a)? - Welche Wertansätze sind bei der Bewertung zu beachten (b)? - Auf welche Positionen bezieht sich die Bewertung (c)?.

a) Substanzwert vom Reinvermögen - Substanzwert vom Rohvermögen

Während die h.M. ³⁾ nur den Substanzwert des Reinvermögens als maßgeblich betrachtet, ermittelt

-
- 1) Im Gegensatz zu der Unterschiedlichkeit der Lehrmeinungen zu diesen Korrekturen entspricht es einhelliger Meinung, daß der endgültige Ertragswert auch bei einem unrentablen Unternehmen nicht unter den Zerschlagungswert absinken kann. Vgl. die oben S. 11 Fußn. 2 genannten Autoren.
 - 2) Es wird zunächst nur die Ermittlung des Substanzwertes ohne Beachtung eines Geschäftswertes untersucht.
 - 3) Tittel BFuP 1949 S. 77; Gelhausen Wpg 1948 Nr. 9 S. 7; Koehler S. 46; Hermann S. 52 ff.; Fluch S. 62 f.; Auler ZFB 1927 S. 655; ausführlicher Bankmann S. 19; so auch die Rspr. z.B. RG 5.6.1934 II 67/34 (zitiert bei Schwarze S. 14/16).

Mellerowicz ¹⁾ den Substanzwert des Rohvermögens. Nach h.M. ist also von dem Wert aller Einzelgüter ein Abzug in Höhe der Schulden zu berechnen. Auf diesen Abzug verzichtet Mellerowicz. Die Ansicht von Mellerowicz dürfte mit seiner abgelehnten Auffassung zusammenhängen, wonach der Wert des Unternehmens an sich, losgelöst von allen Beziehungen, etwa denen zu den Kapitalgebern, zu ermitteln ist. ²⁾ Da der Unternehmenswert aber nur als Wert für die nutzenden Personen denkbar ist ³⁾, darf nur der Wert des Eigenkapitales, also des Reinvermögens, festgestellt werden.

Da Mellerowicz den Substanzwert nicht als Wert des Gesellschaftsvermögens ansieht, sondern nur als Korrekturgröße des allein maßgeblichen Ertragswertes, braucht die abweichende Ansicht bei seiner eigenen Ermittlung nicht notwendig zu einem abweichenden Ergebnis zu führen. Es besteht jedoch die Gefahr, daß Autoren, welche den Substanzwert als maßgeblichen Wert auffassen, die Meinung von Mellerowicz aufgreifen. Diese Autoren müssen Ergebnisse erhalten, die von den Ergebnissen der h.M. abweichen.

b) Wertansätze

Zu diesem relativ leicht zu klärenden Meinungsstreit kommen die zahlreichen verschiedenartigen Lehrmeinungen über die Wertansätze hinzu, mit denen die durch das Inventar ergänzten Bilanzposten ⁴⁾ anzusetzen sind.

Einigkeit besteht darüber, daß bei der Bewertung der Einzelteile ebenso wie bei der Bewertung des Unternehmens im Ganzen nicht Zerschlagungswerte oder Buchwerte,

1) a.a.O. S.30.

2) Vgl.oben S. 26.

3) Vgl. dazu Koch ZfHf 1960 S.346 f.; Bartke BFuP 1960 S.273 f.

4) Vgl. Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.7; Hartmann S.179; Mellerowicz S.25; Kolbe S.25.

sondern die "wahren Werte" maßgebend sind. ¹⁾ Als diese "wahren Werte" stellen sich die Tageswerte ²⁾ der einzelnen Positionen dar. ³⁾ Einige Autoren lassen die Tageswerte bei Anlagegütern allerdings nur gelten, soweit sie den Anschaffungspreis nicht übersteigen. ⁴⁾ Ihre Begründung, daß der höhere Tageswert nicht zu realisieren ist, da Anlagegüter regelmäßig nicht verkauft werden, kann diese Ansicht jedoch nicht stützen. ⁵⁾

Der Tageswert stellt keine eindeutige Größe dar, Er ist als Tageswert des Beschaffungsmarktes (Beschaffungszeitwert) und als Tageswert des Absatzmarktes (Veräußerungszeitwert) denkbar. Vor allem um diese Nichteindeutigkeit zu umgehen, führen einige Autoren den Teilwert gem. § 6 I Ziff. 1 EStG als maßgeblichen Wertansatz ein. ⁶⁾ Nach dieser Vorschrift ist der Teilwert "der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, daß der Erwerber den Betrieb fortführt". Neben der größeren Eindeutigkeit soll die Anwendung des Teilwertes bewirken, daß die Bewertung des Unternehmens im Ganzen im Gegensatz zu der Bewertung der Einzelteile Ausdruck findet. Schließlich soll dadurch eine Vereinfachung der Unternehmensbewertung erreicht werden, weil schon das Finanzamt Bewertungen auf Grund des Teilwertes vorgenommen hat, die als Grundlage für die Ermittlung dienen können, wenn man sie nicht sogar unverändert übernehmen kann.

Von seiner Zwecksetzung her erscheint der Teilwert im Rahmen der Unternehmensbewertung durchaus als geeignet.

1) RGRK HGB § 138,25; Hueck OHG S.255; RGZ 94,106; RGZ 106,132.

2) Gleichbedeutende Begriffe: Zeitwert, Markt(zeit)wert Gegenwartswert, heutiger Wert.

3) RGRK HGB § 138, 25; Baumbach-Duden § 138, 4 C; Sudhoff S.253; Sieben S.46; Potthoff-Zintzen S.212.

4) Walb ZfHf 1940 S.10; weitere Literaturhinweise bei Schwarze S.65 Fußn. 111.

5) Vgl. oben S. 30.

6) Hermann S.52; Koehler S.39; Sudhoff NJW 1949 S.90.

Mit dem Teilwert soll wie bei der Unternehmensbewertung derjenige Wert erfaßt werden, der sich bei Veräußerung des lebenden Unternehmens im Ganzen ergibt. ¹⁾

Der Teilwert ist aber trotzdem unbrauchbar, weil seine Definition mit der Zwecksetzung nicht übereinstimmt.

Nach der Definition soll der Wert des Unternehmens im Ganzen durch die Summe der Werte seiner Einzelteile wiedergegeben werden. Diese Gleichsetzung beruht auf einer falschen Vorstellung. Die in sich widerspruchsvolle Definition führt außerdem dazu, daß der Teilwert nicht sinnvoll angewandt werden kann. De lege ferenda wird der Teilwert daher auch für das Steuerrecht abgelehnt. ²⁾

Wegen der Ungeeignetheit des Teilwertes muß man auf das Begriffspaar Veräußerungszeitwert - Beschaffungszeitwert zurückgreifen. Der Wertunterschied zwischen diesen beiden Formen des Tageswertes ergibt sich daraus, daß die Begriffe die Wertschätzung an verschiedenen Märkten ausdrücken. Waren z.B. werden am Absatzmarkt zu einem Preis veräußert, der um die Handelsspanne über dem Preis des Beschaffungsmarktes liegt. ³⁾ Der Preis des Absatzmarktes kann aber auch unter demjenigen des Beschaffungsmarktes liegen, etwa bei Spezialmaschinen.

Klein ⁴⁾ hält den Veräußerungszeitwert für den maßgeblichen Wert, weil die Vorschrift des § 738 BGB bei der Abfindung von einer fiktiven Veräußerung des Unternehmens ausgeht. Diese unrichtige Überlegung erklärt sich daraus, daß der Autor den Unterschied zwischen dem fiktiven Veräußerungswert des Unternehmens im Ganzen gem. § 738 BGB und dem Veräußerungszeitwert der Einzelteile

1) Vgl. Koch ZfhF 1960 S.321 ff., bes. S.329 f.

2) Vgl. Koch ZfhF 1960 S.320 und Fußn.1 das.m.weiteren Literaturhinweisen.

3) Fluch S.26 f.

4) a.a.O. S.33; den Veräußerungszeitwert erkennt auch Leitner als maßgebend an (erwähnt bei Schwarze S.65).

außer acht läßt. Wenn § 738 BGB den fiktiven Veräußerungswert des Unternehmens im Ganzen zugrundelegt, so kann daraus nicht ersehen werden, ob die Einzelteile bei der Veräußerung mit Beschaffungszeitwerten oder Veräußerungszeitwerten anzusetzen sind.

Umgekehrt läßt sich aber aus § 738 BGB entnehmen, daß der Veräußerungszeitwert nicht verwendbar ist, so daß nur der Beschaffungszeitwert als maßgeblich erscheint. Bei der fiktiven Veräußerung wird von der möglichst vorteilhaften Verwertung des lebenden Unternehmens im Ganzen ausgegangen. Die Summe der Veräußerungszeitwerte bildet den bei einer Zerschlagung zu erzielenden Wert. ¹⁾ Bei einem lebensfähigen Unternehmen stellt die Zerschlagung aber nicht die möglichst vorteilhafte Verwertung des Unternehmens dar. ²⁾

Die Maßgeblichkeit der Beschaffungszeitwerte ergibt sich auch aus einer anderen Überlegung. Wenn § 738 BGB von einer fiktiven Veräußerung des Unternehmens ausgeht, so soll der Unternehmenswert in Höhe des Verkaufspreises festgesetzt werden. Wenn man von allen persönlichen Verhältnissen absieht, wird der Käufer denjenigen Betrag zahlen, den er für die Errichtung eines gleichwertigen Unternehmens aufzuwenden hätte. Die Höhe der Ausgaben für eine Neuerrichtung ist aber von den Beschaffungszeitwerten abhängig. ³⁾

Lehmann ⁴⁾ bringt noch eine Besonderheit, indem er nicht wie die h.M. auf die gegenwärtigen, sondern die zukünftigen Beschaffungszeitwerte ("spekulative Preise") abstellt, weil der potentielle Käufer nicht die gegenwärtigen Preise berücksichtigt, sondern die im Zeitpunkt einer etwaigen zukünftigen Errichtung

1) Vgl. Fluch S.26 f., der als gemeinsame Benennung für den Zerschlagungswert und den Einzelveräußerungswert den Ausdruck Realisationswert verwendet.

2) Vgl. oben S. 11.

3) Für die Maßgeblichkeit der Beschaffungszeitwerte Titel BFuP 1949 S.78; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.7; Husemann DB 1951 S.41; Hartmann S.179; Mellerowicz S.36; Viel Wpg 1954 S.365; Bankmann S.16 f.; Velder DB 1955 S.925; Prion ZfhF 1939 S.394; Giesecke ZAKDR 1942 S.72; Schwarze S.67; Fluch S.26 f.; Lehmann ZFB 1954 S.69 f.

4) ZFB 1954 S.69.

eines Unternehmens zu zahlenden Preise.

c) Umfang des Bewertungsvermögens

Neben der Frage, mit welchem Wertansatz die einzelnen Positionen zu bewerten sind, verursacht auch die Bestimmung der Positionen, denen diese Wertansätze zukommen, eine erhebliche Nichteindeutigkeit.

Es dürfte Einigkeit darüber bestehen, daß nur das betriebsnotwendige Vermögen mit diesen Werten einzusetzen ist ¹⁾, während das nicht betriebsnotwendige Vermögen gesondert auf der Grundlage von Liquidationswerten oder Ertragswerten zu bewerten ist. ²⁾ Für den potentiellen Erwerber des Unternehmens besteht die Alternative zum Unternehmenskauf in der Errichtung eines Unternehmens, welches den gleichen nachhaltigen Ertrag erzielt. Das nicht betriebsnotwendige Vermögen hat für den Erwerber also nur Bedeutung, wenn es selbständig einen Ertrag erbringt - dann ist der Ertragswert anzusetzen oder wenn es veräußert werden kann - dann ist der Liquidationswert maßgebend.

Die Schwierigkeit besteht darin, diejenigen Vermögensteile festzustellen, welche für die Erzielung des angesetzten Ertrages nicht notwendig sind. So ist es nur in krassen Fällen eindeutig feststellbar, ob und inwieweit ein Lager Überbestände aufweist. Auch die Frage, welches Erweiterungsvermögen noch zur Erzielung des angesetzten oder schon eines höheren Ertrages notwendig ist, läßt sich kaum beantworten. Viel sieht daher in der Bestimmung des betriebsnotwendigen Vermögens eines der Hauptprobleme der Ermittlung des Substanzwertes. ³⁾

Lehmann weist zutreffend darauf hin, daß auch solche Vermögensteile nicht betriebsnotwendig sind, welche in

-
- 1) Viel Wpg 1954 S.364 f.; Bartke BFuP 1960 S.616 ff.; Velder DB 1955 S.925; Bankmann S.18; Kolbe S.25.
 - 2) Mellerowicz S.30.
 - 3) Viel Wpg 1954 S.364 f.; so auch Bankmann S.18.

einem Bereich eine Kapazitätsausweitung bewirken, die nicht ausgenutzt werden kann, weil in einem anderen Bereich ein Engpaß herrscht. Abzustellen ist daher auf den "engsten Querschnitt des Erzeugungsapparates". ¹⁾ Es muß aber ergänzt werden, daß nur technisch vermeidbare Kapazitätsunterschiede in dieser Weise berücksichtigt werden dürfen; denn unvermeidbare Differenzen muß auch der potentielle Erwerber bei einer Neuerrichtung hinnehmen.

2. Ermittlung

Selbst wenn Einigkeit über den maßgeblichen Wertansatz und die zu bewertenden Posten besteht, ergeben sich Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Wertes selbst. Der für die h.M. maßgebliche Beschaffungszeitwert, also der Preis am Beschaffungsmarkt, ist nur in Ausnahmefällen zu bestimmen. Zu denken ist etwa an den Preis von gebrauchten Kraftfahrzeugen, der aus den Listen der Kraftfahrzeughändler entnommen werden kann. ²⁾

Wenn diese Marktpreise nicht feststellbar sind, ist zu prüfen, ob die Vermögensteile noch in gleicher Qualität hergestellt werden. Dann kann man die Teile auf der Grundlage des Reproduktionskostenneuwertes, also der heutigen Beschaffungskosten, mit einem Abzug für die verbrauchsbedingten Abschreibungen ansetzen. Die Lebensdauer der Vermögensteile, von welcher die Abschreibungshöhe bestimmt wird, richtet sich nicht nach dem Verschleiß, sondern nach der technischen Überalterung, wenn diese eher eintritt. ³⁾ Praktisch kann das Lebensende der Vermögensteile aber nicht exakt bestimmt werden. Neben der Abgrenzung des betriebsnotwendigen

1) Lehmann ZFB 1954 S.71.

2) Zimmerer ZFB 1961 S.170.

3) Rummel ZfhF 1949 S.290; Velder DB 1955 S.925; Tittel BFuP 1949 S.78; Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.7; Mellerowicz S.36 und 40; Viel Wpg 1954 S.365.

von dem sonstigen Vermögen bietet dieser Punkt nach Ansicht von Viel daher die meisten Probleme. ¹⁾

Wenn die zu bewertenden Einzelteile nicht mehr hergestellt werden, kann man von den letzten für diese Teile geltenden Anschaffungskosten bzw. Herstellungskosten ausgehen, die mit Hilfe eines Preisindex für heute vergleichbar gemacht werden.

Neben diesen generellen Problemen der Wertermittlung treten nur für die Positionen der Forderungen und Schulden noch besondere Schwierigkeiten auf. Forderungen und Schulden sind nicht mit ihrem Nominalwert, sondern mit dem Barwert einzusetzen. ²⁾ Es ist einsichtig, daß einer hochverzinslichen Forderung ein höherer Wert zukommt als einer niedriger verzinslichen oder unverzinslichen Forderung. Entsprechendes gilt für Schulden. Fraglich ist nur, mit welchem Zinsfuß der Nominalwert zum Barwert umzurechnen ist. Bankmann ³⁾ nimmt den landesüblichen Zinsfuß ⁴⁾ an. Richtiger erscheint es, auch hier zu dem landesüblichen Zinsfuß einen Risikozuschlag hinzuzurechnen und von dem Kapitalisierungszinsfuß ⁵⁾ auszugehen.

Durch Summierung der so ermittelten Einzelwerte erhält man nach h.M. den Substanzwert. Bankmann berechnet von diesem Wert noch einen von fast keinem anderen Autor erwähnten Abzug in Höhe des Barwertes der durch die Realisierung der stillen Reserven in Zukunft entstehenden

1) Viel Wpg 1954 S.365.

2) Koehler S.46; Bankmann S.35; andere Autoren erwähnen dieses Erfordernis nicht. Wenn man daraus eine abweichende Ansicht folgern muß, ergibt sich auch hier eine Meinungsverschiedenheit, die auf die Eindeutigkeit der Ergebnisse einwirkt.

3) a.a.O. S.35; für den Barwert von Schulden vgl. auch Tittel BFuP 1949 S.80; Fluch S.34 f.

4) Auf die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des landesüblichen Zinsfußes wurde oben S.48 f. hingewiesen.

5) Für die Ermittlung vgl. oben S.47 ff.

Ertragssteuerlasten. ¹⁾ Bei einer Veräußerung der Teile, die regelmäßig bei allen abnutzbaren Gütern erfolgt, tritt eine Gewinnverwirklichung ein, die bei einer Veräußerung einer gleichen Anlage ohne stille Reserven nicht gegeben ist. Da ein potentieller Erwerber bei der Errichtung eines Unternehmens keine Anlagen mit stillen Reserven erhält, wird diese Belastung den Kaufpreis drücken. Die Ansicht von Bankmann erscheint daher richtig. ²⁾

IV. Ermittlung des Geschäftswertes

Zunächst sind die Fragen zu klären, ob ein Ansatz für den Geschäftswert überhaupt anzuerkennen ist und worin das Wesen des Geschäftswertes besteht (1). Erst danach können die einzelnen Ermittlungsmethoden geprüft werden, deren Anwendung und Gestaltung von der Beantwortung der Fragen abhängt (2).

1. Anerkennung und Wesen des Geschäftswertes

Die Anhänger der Substanzwertmethode müssen sich noch mit dem Phänomen auseinandersetzen, daß der bei der Veräußerung von Unternehmen erzielte Verkaufspreis bei rentablen Unternehmen regelmäßig über der Summe der Einzelwerte liegt ³⁾ und daß er bei unrentablen Unternehmen hinter dieser Summe zurückbleibt.

Der nach der Ertragswertmethode ermittelte Wert des Gesellschaftsvermögens enthält diesen Mehrwert schon, der

1) Bankmann S.47.

2) Nur bedingt zustimmend Zimmerer ZFB 1961 S.175.

3) Vgl. RGZ 106,132; OLG Hamburg OLG 19,313; BGH BB 1962 S.155.

als Geschäftswert bezeichnet werden kann. ¹⁾ Für diese Methode ist eine gesonderte Ermittlung daher nicht erforderlich. Wenn einige Autoren trotzdem eine Berechnung vornehmen, indem sie den Substanzwert vom Ertragswert subtrahieren und das Ergebnis als Geschäftswert bezeichnen, so ist das nur eine "rechnerische Spielerei". ²⁾

Bezüglich des Wesens und bezüglich der Anerkennung des Geschäftswertes herrscht weitgehend Unklarheit. Gerade durch die verschiedenartigen Ansichten zu diesem Wert dürften erhebliche Unterschiede im Ergebnis auftreten.

-
- 1) Neben dem Ausdruck Geschäftswert sind andere, nicht befriedigende Ausdrücke gebräuchlich: Goodwill, Kundschaft (gute Beziehungen zum Absatzmarkt) (RGRK HGB § 138,30; Düringer-Hachenburg § 138,11; OLG Hamburg OLG 19,313), Firmenwert (Recht, den Firmennamen zu führen), Façonwert, Organisationswert (Wert der guten Organisation) abzulehnen, weil nur einen Teilaspekt des Mehrwertes ausdrückend (Tittel BFuP 1949 S.81; Klein S.27; Münstermann HWB I 1956 "Firmenwert"; Kolbe S.20). Kapitalisierungsmehrwert (Schmalenbach Finanzierung S.67) gibt nur die Berechnungsart wieder ohne Aussage über das Wesen des Mehrwertes. Unternehmungsmehrwert (Auler ZFB 1927 S.655) erweckt den Anschein, als ob es sich um ein Mehr gegenüber dem Unternehmenswert handelt, während der Mehrwert ein Teil des Unternehmenswertes ist. Immaterieller Wert irreführend, da auch z.B. Forderungen, die vom Substanzwert erfaßt werden, immaterielle Werte sind.

Auch hier verwendeter Ausdruck Geschäftswert nicht glücklich, da er auf Gesamtwert des Unternehmens hindeutet, obwohl er nur einen Teil wiedergibt (Kolbe S.20) und weil er mit dem sog. lebenden Geschäftswert der Einzelteile verwechselt werden kann (vgl. RGZ 106,132). Die Verwendung dieses Ausdruckes dürfte aber herrschend sein und wird heute auch wohl nicht mehr mißdeutet.

- 2) Schwarze S.73.

Es erscheint einleuchtend, wenn man mit Jacob ¹⁾ zwei verursachende Hauptfaktoren für den Geschäftswert annimmt und den Wert dementsprechend in zwei Arten unterteilt. Der Geschäftswert Nr.1 ist eine Vergütung für solche Aufwendungen, welche für die Organisation der unverbundenen Einzelteile gemacht worden sind. Ein potentieller Käufer wird diesen Mehrwert anerkennen, weil bei der Neuerrichtung eines Unternehmens für ihn ebenfalls solche Aufwendungen, etwa in Form der Anlaufkosten, anfallen. Der Käufer wird jedoch nur notwendige, nicht dagegen unvernünftige Aufwendungen anerkennen.

Der Geschäftswert Nr.2 hat seine Ursache in einer übernormalen Ertragskraft des Unternehmens. Dieser Teil des Geschäftswertes ist auch als negative Größe denkbar, wenn die Ertragskraft unterdurchschnittlich ist. Auch der Geschäftswert Nr.2 wird von einem Erwerber als Zuschlag oder Abzug bei dem Kaufpreis berücksichtigt. ²⁾ Die Ertragskraft wird von den verschiedensten Faktoren beeinflusst. ³⁾ Zu denken ist etwa an die Qualität der Organisation, deren Aufwendungen der Geschäftswert Nr.1 berücksichtigt. Wichtig sind weiterhin die Beziehungen des Unternehmens zur Gesamtwirtschaft, also die Beziehungen zum Absatzmarkt, Beschaffungsmarkt, Geld- und Kapitalmarkt, Arbeitsmarkt. Diese Faktoren werden wiederum verursacht von einem guten Firmennamen, der Qualität des Produktes, von einem günstigen Standort des Unternehmens usw. ⁴⁾

-
- 1) ZFB 1961 S.231 ff.; Jacob folgt in dieser Einteilung Schmalenbach.
 - 2) Vgl. BGH BB 1962 S.155.
 - 3) RGRK § 138,30; RG DR 1941 S.2674.
 - 4) Zu den einzelnen Faktoren, die auf verschiedene Arten aufgeteilt und unterteilt werden können, vgl. OLG Hamburg OLG 19 S.313; RG DR 1941 S.2113 und 2674; Großmann ZFB 1933 S.449 ff.; Münstermann HWB I 1956 "Firmenwert".

Zu dieser Darstellung gibt es zahlreiche, verschiedenartige Gegenmeinungen. Schon die Anerkennung eines Ansatzes für den Geschäftswert wird entgegen der h.M. ¹⁾ von einigen Autoren abgelehnt.

Schönle ²⁾ erkennt den Mehrwert für die Abfindung nicht an, weil er die Vorschrift des § 738 I BGB unrichtig dahin auslegt, daß der Zerschlagungswert maßgebend ist. ³⁾ Ein Mehrwert kann aber nur vorhanden sein, wenn der Wert des lebenden Unternehmens zugrundegelegt wird.

Rehm ⁴⁾ meint, der Geschäftswert sei in dem Wert der Einzelteile enthalten, so daß ein gesonderter Ansatz nicht gemacht werden dürfe. Die Meinung kann einmal auf einer Verwechslung des Geschäftswertes mit dem sog. lebenden Geschäftswert der Einzelteile beruhen. ⁵⁾ Rehm kann aber auch ausdrücken wollen, daß der Geschäftswert nicht gesondert anzusetzen ist, weil dieser Mehrwert gleichzeitig mit der Ermittlung der Einzelwerte festgestellt wird. In diesem Falle würde Rehm den Mehrwert grundsätzlich anerkennen und nur eine andere Berechnung einführen. ⁶⁾ Diese Berechnung führt aber zu abweichenden

1) Schlegelberger-Geßler § 138,20; Palandt § 738,2c; Düringer-Hachenburg § 138,11; RGRK HGB § 138,30; Hueck OHG S.293 f.; Sudhoff S.254, ders. NJW 1949 S.91; RG JW 1936 S.3118 (zust.Anm.Bach); RG DR 1941 S.2674; RGZ 94,108; RGZ 106,132; BGHZ 17,136 = BGH WPM 1955 S.805; OLG Hamburg OLG 19,313; Schwarze S.73; Sieben S.49 ff.; Hermann S.68.

2) DB 1959 S.1427.

3) Vgl. ausführlich oben S.10 f.

4) Angeführt von Auler ZFB 1927 S.727 f.

5) Vgl. auch RGZ 106,132, wo eine solche Verwechslungsmöglichkeit erwähnt wird.

6) Diese Berechnungsart wird auch durch die Beschlüsse der Deutschen Bücherrevisoren vorgeschlagen (Schlegelberger-Geßler § 138,20).

Ergebnissen, weil es völlig willkürlich ist, für die Einzelteile ihren Anteil am Geschäftswert festzustellen.¹⁾ Walb setzt den Geschäftswert nicht an, weil er in Zukunft kaum zu realisieren ist.²⁾ Dieser Autor verkennt, daß es für die Abfindung nicht darauf ankommt, ob die jetzt vorhandenen Werte erhalten bleiben. Dieses Risiko haben allein die Unternehmer zu tragen. Entscheidend ist lediglich, daß der Mehrwert im Zeitpunkt des Ausscheidens vorhanden ist.

Koehler schließlich erkennt den Geschäftswert nur an, wenn der Ausscheidende in dem Unternehmen mitgearbeitet hat³⁾, weil der Geschäftswert durch Arbeit und nicht durch Kapital gebildet werde. Koehler übersieht, daß die Gesellschafter gemäß ihren Kapitalanteilen an dem gesamten Wert des Gesellschaftsvermögens beteiligt sind, zu dem auch der Geschäftswert gehört.

Die Verursachung des Wertes durch den einen oder einen anderen Gesellschafter kann auf die Beteiligungsverhältnisse nicht einwirken. Die falsche Ansicht von Koehler dürfte durch das mißverständliche Argument des RG⁴⁾ hervorgerufen worden sein, daß auch die Mitarbeit des Ausscheidenden dafür spreche, den Geschäftswert anzuerkennen. Dieses Argument hat der BGH ausdrücklich fallengelassen.⁵⁾

Weitere Gegenmeinungen tauchen zu der Zweiteilung des Geschäftswertes auf. Einige Autoren erkennen einen Mehrwert nur an, wenn das Unternehmen eine überdurchschnittliche Ertragsfähigkeit bietet.⁶⁾ Sie berücksichtigen

1) So auch Düringer-Hachenburg § 138,11; Auler ZFB 1927 S.727 f.; Großmann ZFB 1933 S.455.

2) Walb ZfHf 1940 S.13.

3) Koehler S.47.

4) RGZ 106,132; vgl. auch RGRK HGB § 138,29; Hueck OHG S.293 f.

5) BGHZ 17,136 = WFM 1955 S.805.

6) So Godin JW 1936 S.3513; Knöchlein DNotZ 1960 S.465; Schmidt S.121.

also nicht den Geschäftswert Nr.1 für die Aufwendungen, welche für die Organisation der unverbundenen Teile gemacht worden sind. ¹⁾

Andere Autoren setzen den Geschäftswert nur in Höhe der Aufwendungen ein, die z.B. für Kundenwerbung oder den Aufbau der Vertreterorganisation gemacht worden sind. Diese Autoren lassen also den Geschäftswert Nr.2 weitgehend unberücksichtigt. ²⁾

Für den durch eine übernormale Ertragsfähigkeit hervorgerufenen Geschäftswert, also den Geschäftswert Nr.2, verlangen einige Autoren die Außerachtlassung mehrerer ertragbeeinflussender Faktoren. So sollen Faktoren, die nicht durch das Unternehmen selbst beeinflusst werden können, unbeachtet bleiben. ³⁾ Ein Käufer wird aber auch eine günstige Steuerpolitik und die Schaffung einer guten Verkehrslage honorieren. Der Nichtansatz dieser Faktoren erscheint daher ungerechtfertigt.

Ähnlich erkennt Großmann nur solche Faktoren an, die nicht auch anderen Unternehmen zugutekommen. ⁴⁾ Dieser Autor berücksichtigt z.B. nicht die Ertragbeeinflussung, die von einem günstigen Standort des Unternehmens ausgeht.

Schließlich gibt es noch eine Ansicht, deren Vertreter entgegen der h.M. ⁵⁾ die Möglichkeit eines negativen Geschäftswertes verneinen. ⁶⁾ Das wird damit begründet,

-
- 1) Diesen Wert erkennen an: Hermann S.61 ff.; Auler ZFB 1927 S.654; Fluch S.37; Kolbe S.74; Schweitzer ZfHwHp 1929 S.219; auch wohl RG DR 1941 S.2674 ("Wert des lebenden Unternehmens gegenüber den Einzelteilen").
 - 2) Schweitzer ZfHwHp 1929 S.219. Die Aufteilung des Geschäftswertes in einen Teil, der Aufwendungen erfordert, und in einen Teil, der ohne Aufwendungen entsteht, bringen auch Schmalenbach Bilanz S.129 und Gutenberg HWB I 1938 "Geschäftswert".
 - 3) RG DR 1941 S.2674; RGRK HGB § 138,30.
 - 4) Großmann ZFB 1933 S.452.
 - 5) Schweitzer ZfHwHp 1929 S.219; Koehler S.68 ff.; Schwarze S.75; Auler ZFB 1927 S.657; Schmalenbach Bilanz S.129.
 - 6) Düringer-Hachenburg § 138,11; Sieben S.49 ff.

daß der Ausscheidende bei Anerkennung eines negativen Geschäftswertes an einem zukünftigen Verlust teilnehme, ohne von einem zukünftigen Gewinn zu profitieren. Diese Begründung ist nicht zutreffend. Über die Berücksichtigung eines etwaigen Geschäftswertes wird der Ausscheidende an den zukünftigen Erwartungen beteiligt. An positiven Erwartungen nimmt er mit einer entsprechend dem positiven Geschäftswert erhöhten Abfindung teil. Es ist daher nur folgerichtig, wenn er an negativen Erwartungen in Form eines Abzuges von der Abfindung beteiligt wird, wobei sich die Höhe des Abzuges nach dem negativen Geschäftswert richtet.

Außerdem ist das Wesen des Geschäftswertes nach einhelliger Meinung aus dem Verhalten eines Käufers zu erklären. Normalerweise ist ein Käufer bereit, zu dem Substanzwert einen Aufpreis zu zahlen, wenn Aufwendungen für die Organisation gemacht worden sind oder eine überdurchschnittliche Ertragskraft gegeben ist. Umgekehrt wird ein Käufer nicht den vollen Substanzwert vergüten, wenn die Ertragskraft unterdurchschnittlich ist. In diesem Falle könnte der potentielle Käufer für Aufwendungen in Höhe des Substanzwertes eher ein neues Unternehmen errichten. Diese Anerkennung eines Aufpreises und das Verlangen eines Abzuges durch den Käufer ist für das Vorhandensein eines positiven oder negativen Geschäftswertes allein entscheidend. Von diesem Gesichtspunkt aus kann die Möglichkeit eines negativen Geschäftswertes nicht zweifelhaft sein.

2. Ermittlungsmethoden

Zu unterscheiden sind die direkte und die indirekte Ermittlung. Die Methode der indirekten Ermittlung besteht lediglich darin, daß man den Geschäftswert durch Subtraktion des Substanzwertes vom Gesamtwert findet. ¹⁾

1) Koehler S.49 ff.; Tymkiw S.50 ff.; Klein S.36 f.; Hueck OHG S.293 f.; Schwarze S.73; Sudhoff S.254; ders.NJW 1949 S.91; RG DR 1941 S.1303.

Für die Substanzwertmethode ist dieses Verfahren nicht anwendbar, weil der Gesamtwert gerade gesucht wird, also nicht als bekannt in die Rechnung eingesetzt werden kann. Für den Fall, daß der Gesamtwert aber bekannt ist, ist die Methode schon als "rechnerische Spielerei" gekennzeichnet worden. ¹⁾

Bei der direkten Ermittlung des Geschäftswertes kann es sich nicht um eine direkte Berechnung der Ertragsfähigkeit handeln. Selbst wenn die verschiedenen Einflußfaktoren im Einzelfall bekannt wären, so könnte doch die Dauer der Faktoren und ihr beziffertes Ausmaß nicht bestimmt werden. ²⁾ Bei der Ermittlung muß man sich daher mit der direkten Schätzung der Ertragsfähigkeit begnügen. Für die Schätzung werden verschiedene Methoden angewandt.

Nach der Umsatzmethode wird der Geschäftswert durch Multiplikation des Durchschnittsumsatzes mit einem Faktor ermittelt. ³⁾ Die Berechtigung dieser Methode wird aus dem Umstand hergeleitet, daß zwischen Umsatz und Gewinn eine Beziehung besteht und daß der Gewinn den Geschäftswert beeinflußt. Es ist aber zu beachten, daß die Methode von einem Gewinn ausgeht, der sich proportional zum Umsatz verhält. Eine solche Abhängigkeit ist aber nur gegeben, wenn keine fixen Kosten auftreten. Außerdem besteht die Schwierigkeit darin, den Multiplikationsfaktor in der richtigen Höhe anzusetzen. Die Anhänger dieser Methode berufen sich auf Erfahrungssätze, die aber nur dann gegeben sein können, wenn die Bewertung gleichwertiger Unternehmen häufiger vorkommt. Schließlich ist zu bedenken, daß nach dieser Methode auch bei völlig lebensunfähigen Unternehmen niemals ein negativer Geschäftswert er-

1) Vgl. oben S. 71.

2) Klein S.37.

3) Schwarze S.76; Münstermann HWB I 1956 "Firmenwert"; Klein S.38; Gutenberg HWB I 1938 "Geschäftswert"; Schweitzer ZfHwHp 1930 S.267.

mittelt werden kann. Die Methode wird aus diesen Gründen überwiegend als grob und willkürlich abgelehnt. ¹⁾

Gegenüber dieser Methode bedeutet die Gewinnmethode, nach welcher der Geschäftswert durch Multiplikation des Durchschnittsgewinnes mit einem Faktor ermittelt wird, eine Verbesserung. ²⁾ Auch hier ist aber die Schwierigkeit der Bestimmung des richtigen Multiplikationsfaktors zu beachten, die wegen Fehlens von brauchbaren Erfahrungssätzen willkürlich sein muß. Außerdem kann man aus dem Vorhandensein eines Gewinnes nicht unbedingt auf einen Geschäftswert schließen.

Auch die Kombination der Umsatzmethode und der Gewinnmethode wird angewandt, bringt jedoch gegenüber den beiden einzelnen Methoden nichts entscheidend Neues. ³⁾

Einige Autoren verfeinern die Berechnung, indem sie an Stelle des Gewinnes den Übergewinn mit einem Faktor multiplizieren. Als Übergewinn wird der Gesamtgewinn abzüglich der Summe aus Zinsen auf den Substanzwert und Unternehmerlohn angesehen. Die Festlegung des Faktors wird von verschiedenen Gesichtspunkten aus vorgenommen.

Einige Autoren fassen den nach dieser Methode errechneten Geschäftswert als Barwert aller zukünftigen Übergewinne auf. Dieser Barwert ist nach der Formel für ewige Renten zu ermitteln. Der Multiplikationsfaktor stellt dann lediglich den Kapitalisierungsfaktor $\frac{100}{p}$ dieser Formel dar. ⁴⁾

Diese Auffassung hat insofern eine gewisse Berechtigung, als der Barwert aller zukünftigen Übergewinne den Geschäftswert Nr.2, die übernormale Ertragskraft, wieder-

1) Gutenberg HWB I 1938 "Geschäftswert"; Schweitzer ZfHwHp 1930 S.267.

2) Münstermann HWB I 1956 "Firmenwert".

3) Vgl. Schwarze S.77; Schweitzer ZfHwHp 1930 S.267.

4) Koehler S.49 ff.; Sudhoff S.254, ders. NJW 1949 S. 91. Zur Formel für ewige Renten vgl. oben S. 20.

geben kann. Wie bei der Errechnung des Ertragswertes treten aber zahlreiche Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes (p) auf. Diese Schwierigkeiten will Schubert weitgehend ausräumen, indem er die Unternehmen nach Rechtsform und anderen Faktoren in mehrere Risikoklassen einteilt und den verschiedenen Klassen den einfachen, doppelten oder n-fachen Satz des landesüblichen Zinsfußes als Größe p zuordnet. ¹⁾ Diese Art der Ermittlung wird jedoch als willkürlich abgelehnt. ²⁾

Entscheidend ist aber, daß diese Auffassung für die Substanzwertmethode ernsthaft nicht in Betracht kommen kann. Es müssen die für die Ertragswertberechnung erforderlichen Größen bekannt sein. Diese Ermittlungsart stellt sich in Wirklichkeit als Modifizierung der Ertragswertberechnung zum Zwecke der Ermittlung eines gesonderten Geschäftswertes ³⁾ und damit als "rechnerische Spielerei" ⁴⁾ heraus.

Nach anderer Ansicht soll der Faktor die Anzahl der Jahre wiedergeben, für die der Errichter eines neuen Unternehmens auf einen Übergewinn verzichten muß. ⁵⁾

Die Vertreter dieser Ansicht errechnen wohl nur den Geschäftswert Nr. 1, die Aufwendungen für die Organisation der unverbundenen Teile. ⁶⁾ Im einzelnen kann es zweifelhaft sein, wie lange ein neuerrichtetes Unternehmen mit

1) Schubert JW 1928 S.595.

2) Düringer-Hachenburg § 138,11; Schweitzer ZfHwHp 1930 S.269.

3) Schwarze S.76; Klein S.36 f.

4) Vgl. Schwarze S.73.

5) Kolbe S.66 u. 74; Gutenberg HWB I 1938 "Geschäftswert".

6) Vgl. Schweitzer ZfHwHp 1929 S.219.

Verlust oder mit einem unternormalen Gewinn arbeitet, so daß selbst nach dieser speziellen Methode die Ermittlung des Faktors nicht eindeutig ist.

Fluch schließlich stellt mit seiner Ermittlungsmethode für den Geschäftswert auf das Verhältnis der Selbstkostenhöhe des zu bewertenden Unternehmens zu den Branchendurchschnittssätzen ab sowie auf den Betriebsumsatz. ¹⁾ Die Höhe der Selbstkosten und die Höhe des Betriebsumsatzes stellen zwar ertragbeeinflussende Faktoren dar, doch ist es unbegründet, nur auf diese Faktoren abzustellen. Es kommt hinzu, daß die Bestimmung des Faktors willkürlich und im Ergebnis nicht eindeutig ist. ²⁾

Die Ermittlung des Geschäftswertes führt wegen der vielen verschiedenen Lehrmeinungen über das Wesen und die Ermittlungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen. Diese Nichteindeutigkeit wird noch dadurch erhöht, daß mit Größen gerechnet wird, die naturnotwendig nicht eindeutig sein können. Zu denken ist vor allem an den Kapitalisierungszinsfuß. Diese Nichteindeutigkeit wirkt sich auch auf die Substanzwertmethode aus, da die meisten Vertreter dieser Methode bei der Abfindung einen Ansatz für den Geschäftswert berücksichtigen. Daher kann der Wert des

1) Vgl. das vereinfachte Verfahren gem. Fluch S.38 f.

(1) Branchendurchschnittliche Selbstkosten	10
(2) Individuelle Selbstkosten	8
(3) Differenz	<u>2</u>
(4) Differenz i.v.H. der branchendurchschnittlichen Selbstkosten	20 %
(5) Betriebsumsatz	1.000
(6) Geschäftswert (v.H.-Satz gem. (4) bezogen auf (5))	200
	===

2) Ablehnend auch Schwarze S.78.

Gesellschaftsvermögens i.S. des § 738 BGB ¹⁾ weder nach der wenig eindeutigen Ertragswertmethode ²⁾ noch nach der relativ eindeutigen Substanzwertmethode ³⁾ annähernd genau ermittelt werden. ⁴⁾

B. Der Anteil des Ausscheidenden an dem Gesellschafts- vermögen

Nach einer Kennzeichnung der Problematik (I) wird die Rechtslage für Normalfälle durch eine Untersuchung der beiden in Rechtsprechung und Literatur genannten Verteilungsmaßstäbe geprüft (II). Es folgen Überlegungen darüber, ob der als maßgeblich herausgestellte Verteilungsmaßstab auch für Sonderfälle gilt (III) und wie die Rechtslage sich bei einer Änderung des Verteilungsmaßstabes während des Bestehens der Gesellschaft darstellt (IV).

I. Kennzeichnung der Problematik

Der Abfindungsanspruch gem. § 738 BGB mit § 105 II HGB wird durch den Anteil des Ausscheidenden an dem festgestellten Wert des Gesellschaftsvermögens bestimmt. Wenn dieser Wert zufällig mit dem Buchwert übereinstimmt, bereitet die Feststellung des Anteiles keine Schwierigkeiten. Der Saldo des buchmäßigen Kapitalkontos gibt dann den Anteil wieder. Bei positivem Kapitalkonto besteht ein Anspruch, bei negativem Kapitalkonto eine Verbindlichkeit des Ausscheidenden gegenüber der Gesellschaft.

1) Vgl. oben S. 9 ff.

2) Vgl. oben S. 17 ff.

3) Vgl. oben S. 62 ff.

4) Vgl. dazu die zusammenfassende Beurteilung der gesetzlichen Regelung S. 108.

Im Regelfall besteht jedoch eine Differenz zwischen dem Wert des Gesellschaftsvermögens und dem Buchwert. Auch dann geben die Salden der buchmäßigen Kapitalkonten den Anteil am Gesellschaftsvermögen in Höhe des Buchwertes wieder. Problematisch ist die Verteilung der positiven oder negativen Differenz des Gesellschaftsvermögens gegenüber dem Buchwert.

II. Verteilung nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel und nach dem Verhältnis der Kapitalanteile

Hinsichtlich der Verteilung des Differenzbetrages werden hauptsächlich zwei Meinungen vertreten. Nach h.M. ist der Differenzbetrag nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel (Gewinnverteilungsschlüssel bzw. Verlustverteilungsschlüssel) aufzuteilen ¹⁾, während für die Vertreter einer Mindermeinung das Verhältnis der nominalen Kapitalanteile für die Verteilung maßgebend ist. ²⁾

-
- 1) RG Recht 1926 Nr.1371; RG JW 1936 S.3118; RG DR 1941 S.1301 (zust. Anm. Barz); BGH WFM 1955 S.803 = DNotZ 1955 S.526 = NJW 1955 S.1025 = DB 1955 S.528 = BB 1955 S.459 = JR 1955 S.382 = MDR 1955 S.467 = BGHZ 17,130 = LM HGB § 138 Nr.1 (Anm. Fischer); BGH NJW 1956 S.300; Düringer-Hachenburg § 138,10 (S.814); Staub Anh. § 141,5; Schlegelberger-Geßler § 138,22; RGRK HGB § 138,34; Hueck OHG S.294; Wiedland S.702 (von Bach zu Unrecht für die Gegenmeinung angeführt); Klein S.51; Hermann S.83; Schwarze S.49; Schönle DB 1959 S.1427; Neukirch Anm. zu RG JW 1926 S.1822.
- 2) RGRK HGB 1.A. § 138,34; Bach Anm. zu RG JW 1936 S.3118; Kobs hält die Meinung für vertretbar, ohne sich zu entscheiden. Vgl. auch RFH 12,30 (Urt.v. 28.II.23) und die bei Schwarze S.49 angeführte ältere Literatur.

Zwischen beiden Meinungen besteht im Ergebnis kein Unterschied, wenn das Verhältnis der Kapitalanteile dem Ergebnisverteilungsschlüssel entspricht. ¹⁾ Häufig wird der Ergebnisanteil aber abweichend von dem Kapitalanteil vereinbart. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Gesellschafterleistungen, die neben der Kapitalleistung zu erbringen sind, nicht entsprechend der Kapitalleistung bewertet werden sollen. So kann die Arbeitsleistung eines Gesellschafters, dem die Unternehmensführung kraft besonderer Fähigkeiten allein zukommen soll, unverhältnismäßig hoch zu veranschlagen sein. Eine unterschiedliche Festsetzung von Kapitalanteil und Ergebnisanteil kann auch beim Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft zweckmäßig sein, wenn der Buchwert hinter dem Wert des Gesellschaftsvermögens zurückbleibt. Zum Zwecke der gerechten Verteilung der zukünftigen Ergebnisse ist dann nicht die Heraufsetzung der Kapitalkonten der Altgesellschafter notwendig, welche durch eine steuerschädliche Höherbewertung der Aktiva vorgenommen werden müßte. ²⁾ Die gerechte Ergebnisverteilung wird vielmehr dadurch erreicht, daß den Altgesellschaftern ein über ihren Kapitalanteil hinausgehender Ergebnisanteil zugestanden wird. ³⁾

Der Unterschied zwischen Ergebnisanteil und Kapitalanteil kann sich aber auch aus einer Entwicklung des buchmäßigen Kapitalkontos nach Vertragsschluß ergeben. Der Stand des Kapitalkontos ändert sich nicht nur durch Gewinnzuschreibungen und Verlustabbuchungen, sondern auch durch Entnahmen und Einlagen, die bei den verschiedenen Gesellschaftern kaum jemals gleich sein dürften.

In aller Regel führen die beiden Verteilungsmaßstäbe also zu abweichenden Ergebnissen, wobei der Unterschied sehr erheblich sein kann. Auch in dieser Meinungsverschieden-

1) Vgl. Godin JW 1936 S.3512; Tittel BFuP 1949 S.181.

2) Vgl. Möhle S.145.

3) Godin JW 1936 S.3512.

heit kommt die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck.

Die Rechtsprechung und die ihr folgenden Autoren stützen ihre Ansicht, daß der Differenzbetrag gemäß den Ergebnisanteilen zu verteilen ist, auf die §§ 738 I, 734 BGB mit § 105 II HGB. ¹⁾ Gem. § 738 I BGB hat der Ausscheidende einen Anspruch auf dasjenige, was er bei Auflösung der Gesellschaft erhalten würde. Für den Fall der Auflösung normiert die Vorschrift des § 734 BGB die Beteiligung der Gesellschafter an dem nach Rückerstattung der Einlagen und Berichtigung der Verbindlichkeiten verbleibenden Überschuß im Verhältnis ihrer Gewinnanteile.

Die für die Auflösung der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes geltende Vorschrift kann aber für die Entscheidung des Meinungsstreites nur herangezogen werden, wenn nicht Normen des HGB Anwendung finden (vgl. § 105 II HGB). In Betracht kommen insbesondere die §§ 145 ff. HGB, welche die Auflösung der OHG regeln. Einige Autoren ²⁾ verneinen die Anwendbarkeit der Vorschriften des HGB, da über § 105 II HGB die Regelung des BGB (§ 738) Platz greife. Damit sei bezüglich des gesamten Komplexes der Auseinandersetzung auf die Vorschriften des BGB verwiesen, so daß ein Zurückgreifen auf Vorschriften des HGB für eine Teilregelung nicht möglich sei.

Diese Auffassung wäre nur haltbar, wenn die Vorschriften des BGB bezüglich der Auseinandersetzung, insbesondere die §§ 738 und 734 BGB eine unzertrennbare Einheit bildeten. Das haben die Autoren nicht nachgewiesen. Sie können es auch nicht nachweisen, da es wegen der unterschiedlichen Interessenlage durchaus zweckmäßig sein kann, für einen Teil der Auseinandersetzung bei der OHG eine von den BGB-Vorschriften abweichende Regelung zu schaffen. Damit sind die HGB-Vorschriften über die Auflösung der OHG grundsätzlich anwendbar.

1) RG JW 1936 S.3118 und ständ.Rspr.; RGR § 138,34; Barz Anm. zu RG DR 1941, 1301; Hermann S.83.

2) Tittel BFuP 1949 S.185; Hermann S.83; Koehler S.63.

Von diesen Vorschriften wird § 155 HGB als wichtig herausgestellt, da diese Vorschrift eine Regelung der Vermögensverteilung enthält. Mehrere Autoren sehen in der Vorschrift des § 155 HGB jedoch eine Regelung, die ganz speziell auf den Fall der Auseinandersetzung abstellt. Diese Autoren erkennen zwar an, daß auch bei dem Fall des Ausscheidens unter Fortführung der Gesellschaft gem. § 738 I BGB eine Auseinandersetzung zu unterstellen ist, doch sei die Vorschrift des § 155 HGB durch die Erwähnung der Schlußbilanz so eng an die tatsächliche Auseinandersetzung gebunden, daß sie für die fiktive Auseinandersetzung des Ausscheidensfalles nicht passe. Aus diesem Grunde ist auch für diese Autoren die Vorschrift des § 734 BGB maßgebend.¹⁾

Nach Godin²⁾ setzt die in der Vorschrift erwähnte Schlußbilanz einen Abschluß aller Konten voraus. Etwas gleiches kann man nach Godin für den Fall des Ausscheidens nur erreichen, wenn man die der Abfindung zugrundeliegende Unterstellung der Versilberung des Gesellschaftsvermögens so weit treibt, daß man eine unterstellte Versilberung sich in unterstellten Büchern auswirken lasse. Damit gehe die Unterstellung aber zu weit.

Zu beachten ist aber, daß die einzige Besonderheit dieser in § 155 HGB erwähnten Schlußbilanz darin besteht, daß sie keine Differenz zwischen Buchwerten und zu verteilenden Werten enthält, da anderenfalls eine Verteilung mittels der Bilanz unmöglich ist. Godin verkennt, daß eine Übereinstimmung zwischen den Werten nicht nur durch eine Versilberung des Vermögens zu erreichen ist, sondern auch durch eine Ersetzung der Buchwerte durch die "wahren" Werte. Gerade diese Ersetzung ist aber gem. § 738 I BGB erforderlich. Die Ansicht, daß die Vor-

1) RG JW 1926 S.2894 (zust.Anm.Fischer) = RG Recht 1926 Nr.1371; RGZ 114,131; RGRK HGB § 138,34; Hermann S.83; Godin JW 1936 S.3512; Barz Anm. zu RG DR 1941 S.1301.

2) JW 1936 S.3512.

schrift des § 155 HGB für ein Ausscheiden unter Fortführung der Gesellschaft nicht anwendbar ist, erscheint daher unrichtig. Wenn § 155 HGB die Verteilung regelt, ist § 734 BGB daher nicht anwendbar. ¹⁾

Nach einer in Rechtsprechung ²⁾ und Literatur ³⁾ vertretenen Ansicht hat die Verteilung des Differenzbetrages gem. § 155 HGB nach den Kapitalanteilen zu erfolgen. Diese Ansicht dürfte auf einem Mißverstehen des Wortlautes beruhen. Nach § 155 HGB ist das verbleibende Vermögen "nach dem Verhältnisse der Kapitalanteile ... zu verteilen". Es ist aber zu berücksichtigen, daß nicht die Kapitalanteile der letzten Jahresbilanz maßgebend sind, sondern "wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben". Da die Kapitalkonten der Schlußbilanz schon den Differenzbetrag ausweisen, gibt die Vorschrift nur darüber Auskunft, wie das Gesellschaftsvermögen zu verteilen ist, nachdem der Anteil an dem Differenzbetrag den Kapitalkonten gutgeschrieben ist. Wie die Verteilung des Differenzbetrages selbst zu erfolgen hat, gibt die Vorschrift dagegen nicht an. ⁴⁾

Es ist zu prüfen, ob sich die Regelung der Verteilung in anderer Weise aus den Vorschriften des HGB ergibt. In der amtlichen Begründung zu § 155 II HGB heißt es beiläufig, daß der Verlust nach Köpfen zu verteilen ist. ⁵⁾ Offenbar setzte der Gesetzgeber es als selbst-

1) Im Ergebnis so auch Klein S.48 f.; Schwarze S.51; Schönle DB 1959 S.1429; Bach Anm. zu RG JW 1936 S.3118. Dagegen wendet Sudhoff S.255 und NJW 1957 S.734 § 734 BGB an, obwohl er § 155 HGB für den Ausscheidungsfall für passend erklärt.

2) RGZ 114, 131; RG JW 1926 S.2894.

3) Bach JW 1936 S.3118; Barz DR 1941 S.1304; RGRK HGB § 138,34; Wieland S.721.

4) Godin JW 1936 S.3512; Potthoff-Zintzen S.229; Sudhoff S.255 und NJW 1957 S.734 entnimmt dagegen unerklärlicherweise aus dem Wortlaut, daß die Verteilung nach Gewinnanteilen zu erfolgen hat.

5) Denkschrift z.HGB S.106 (Hahn-Mugdan S.277).

verständlich voraus, daß das Ergebnis der Liquidation wie das Jahresergebnis nach den §§ 120, 121 HGB, also nach Köpfen, zu verteilen ist.¹⁾ Es ist jedoch nicht selbstverständlich, daß diese Vorschriften, die sich nach ihrem Wortlaut nur auf die Verteilung des Jahresergebnisses beziehen, auch die Verteilung des Liquidationsergebnisses regeln. Zwischen den beiden Ergebnisararten besteht insofern ein Unterschied, als das Jahresergebnis regelmäßig zum größten Teil aus Vermögensveränderungen des abgeschlossenen Geschäftsjahres besteht, während sich das Liquidationsergebnis, das durch die Realisierung des Geschäftswertes und der stillen Reserven gebildet wird, aus Vermögensveränderungen früherer Perioden zusammensetzt.

Einige Autoren knüpfen an die stillen Reserven an, die sie für nicht ausgeschütteten Gewinn halten, und verteilen den Differenzbetrag daher gem. §§ 120, 121 HGB entsprechend den Ergebnisanteilen.²⁾ Dem hält Bach³⁾ entgegen, daß die nicht ausgeschütteten Jahresgewinne nach Ablauf der Rechnungsperiode zu Vermögensposten geworden seien. Das ergebe sich auch daraus, daß die stillen Reserven in der Abfindungsbilanz in Erscheinung träten, die keine Erfolgsbilanz, sondern eine Vermögensbilanz ist. Aus diesem Grunde hält Bach die Verteilung nach Kapitalanteilen für richtig.

Wenn die Gesellschafter auf die Ausschüttung eines Gewinnanteiles verzichten, um die Stabilität des Unternehmens zu verstärken, so muß diesem Gewinnanteil die Gewinneigenschaft nicht endgültig verlorengehen. Eine endgültige Umwandlung könnte man nur annehmen, wenn die Gesellschafter ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart hätten, sie wollten die nicht ausgeschütteten Gewinnanteile dem Unternehmen bis zu seinem Lebensende be-

1) Vgl. Godin JW 1936 S.3512; Klein S.53.

2) Schlegelberger-Geßler § 138,22; Staub Anh. § 141,5; Hueck OHG S.294; Fischer Anm. z.RG JW 1926, S.2894, ders.Anm. z. BGH LM § 138 HGB Nr.1; Sudhoff S.255, ders. NJW 1957, S.734.

3) Anm. z. RG JW 1936 S.3118.

lassen. ¹⁾ Eine solche Vereinbarung kann man nicht unterstellen. Spätestens bei der Auseinandersetzung, die durch Verwertung des Unternehmens als Ganzes auch vor dem Lebensende des Unternehmens erfolgen kann, werden die seinerzeit einbehaltenen Gewinne ausgeschüttet. Auch der Umstand, daß die stillen Reserven nicht in einer Erfolgsbilanz erscheinen, sondern in einer Vermögensbilanz, spricht nicht gegen die Gewinneigenschaft der stillen Reserven. Diese Bilanzierungsart drückt lediglich aus, daß es sich bei den stillen Reserven nicht um einen Gewinn der letzten Rechnungsperiode handelt. Es erscheint nach allem angemessener, den stillen Reserven im Falle der Ausschüttung ihre Gewinneigenschaft zuzuerkennen. ²⁾ Auf die Vorschriften der §§ 120, 121 HGB kann die Verteilung des in den stillen Reserven liegenden Differenzbetrages gemäß den Ergebnisanteilen nicht unmittelbar gestützt werden, da diese Vorschriften nur den in der Jahresbilanz ausgewiesenen Gewinn betreffen. Wegen der Gewinneigenschaft der stillen Reserven steht einer analogen Anwendung aber nichts im Wege. ³⁾

Es ist fraglich, ob diese Regelung auch für den Teil des Differenzbetrages gilt, der durch den Geschäftswert gebildet wird. Der Geschäftswert drückt zwar die Erwartung zukünftiger Übergewinne aus. Aus dieser Beziehung zwischen Gewinnen und Geschäftswert ergibt sich jedoch nicht die Gewinneigenschaft des Geschäftswertes mit

1) Vgl. Möhle S.164 f.; Sieben S.58 ff.; Schlegelberger-Geßler § 138,26; Düringer-Hachenburg § 138,14; Staub Anh. z. § 141,13.

2) Im Ergebnis so BGH NJW 1956 S.300; Barz Anm. zu RG DR 1941 S.1301; Godin JW 1936 S.3512.

3) Vgl. Hueck OHG S.336; Schönle DB 1959 S.1427.

der Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 120, 121 HGB. ¹⁾

Einige Autoren ²⁾ stellen nicht auf die Gewinneigen-schaft des Geschäftswertes ab, sondern begründen die Verteilung nach den Ergebnisanteilen mit dem Erforder-nis der Gerechtigkeit. Nach Ansicht dieser Autoren gibt der Ergebnisverteilungsschlüssel die Gesamtleistungen der Gesellschafter wieder. Durch diese Gesamtleistungen werde der Geschäftswert verursacht. Dieser Zusammenhang zwischen Ergebnisverteilungsschlüssel und Geschäftswert ist jedoch durchaus nicht so eindeutig, wie es hinge-stellt wird. Vor allem aber enthalten die Vorschriften des HGB keinen Anhaltspunkt dafür, daß dieser Zusammen-hang für die Verteilungsart bestimmend sein soll.

Tittel begründet die Anwendung des Ergebnisverteilungs-schlüssels damit, daß nur bei dieser Verteilungs-art das sog. Kongruenzprinzip gewahrt bleibe. ³⁾ Nach die-sem Prinzip muß die Summe aller richtig bewerteten Perio-dengewinne gleich sein mit der Summe aller nicht richtig bewerteten Periodengewinne $\pm$ Liquidationsergebnis. Es ist einsichtig, daß diese Gleichung des Kongruenzprin-zipes nur gegeben sein kann, wenn der Liquidationserfolg nach dem gleichen Maßstab wie die Periodenerfolge, also nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel, verteilt wird. Die Argumentation von Tittel hilft jedoch nicht weiter, da Tittel die Maßgeblichkeit des Kongruenzprinzipes, aus dem er die Maßgeblichkeit des Ergebnisverteilungs-schlüssels ableitet, nicht nachweist.

Durch ein Abstellen auf die Totalperiode eines Unterneh-mens kann man aber in anderer Weise die Maßgeblichkeit des Ergebnisverteilungsschlüssels begründen. Als Gewinn der Totalperiode ist der Überschuß des Endvermögens über das Anfangsvermögen anzusehen. ⁴⁾ Dabei ist als

1) Vgl. Bach Anm. zu RGZ JW 1936 S.3118.

2) Potthoff-Zintzen S.229; Tittel BFuP 1949 S.182 ff.

3) Tittel BFuP 1949 S.182 ff.

4) Vgl. Rieger S.203 ff.; Nicklisch HWB 1926 "Gewinn".

Totalperiode nicht unbedingt die gesamte Lebensdauer des Unternehmens zugrunde zu legen. Im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters ist die Totalperiode für diesen Gesellschafter schon mit dem Ausscheiden beendet. Der Gewinn der Totalperiode enthält außer den ausgeschütteten Gewinnen abzüglich etwaiger Verluste den Differenzbetrag sowohl in Form der stillen Reserven als auch in Form des Geschäftswertes. Damit ist auch für den Teil des Differenzbetrages, der durch den Geschäftswert gebildet wird, die Gewinneigenschaft festgestellt, so daß die Verteilung in Analogie zu §§ 120, 121 HGB entsprechend den Ergebnisanteilen durchzuführen ist. ¹⁾

III. Maßgeblicher Verteilungsmaßstab in Sonderfällen

Die Regelung, daß der Überschuß des Gesamtwertes über den Buchwert gemäß den Ergebnisanteilen verteilt wird, kann aber nicht uneingeschränkt gelten. Der Differenzbetrag weist insoweit keinen in der Totalperiode des Ausscheidenden erzielten Gewinn aus, als ein Differenzbetrag schon bei Eintritt des Ausscheidenden in die Gesellschaft gegeben war. Vor Verteilung des Differenzbetrages muß man den von den übrigen Gesellschaftern vor dem Eintritt des Ausscheidenden erzielten Überschuß durch eine Bilanz auf Grundlage der "wahren" Werte auf den Stichtag des Eintrittes feststellen und von dem Gesamtüberschuß abziehen.

Praktisch verliert diese Notwendigkeit dadurch an Bedeutung, daß der alte Überschuß den Altgesellschaftern oft vereinbarungsgemäß durch günstigere Vertragsbedingungen vergütet wird. Der Ausgleich kann erreicht werden, indem man den Altgesellschaftern höhere Kapitalanteile, höhere Ergebnisanteile, Zahlung eines Agios seitens des Eintre-

1) Für einen weiteren wegen seiner Willkürlichkeit aber allgemein abgelehnten Verteilungsmaßstab vgl. Schubert JW 1928 S.595.

tenden o.ä. zuerkennt. ¹⁾

Fraglich ist es, ob auch der Teil des Differenzbetrages nach den Ergebnisanteilen verteilt werden kann, der schon im Zeitpunkt der Gründung vorhanden ist, weil die Einlagen, welche die Höhe des buchmäßigen Kapitalkontos bestimmen, nicht entsprechend dem "wahren" Wert beziffert sind. ²⁾ Knöchlein erwägt, diesen Differenzbetrag als antizipierten Gewinn zu behandeln und die Verteilung daher nach Ergebnisanteilen vorzunehmen. ³⁾ Diese Regelung könnte man nur anwenden, wenn eine dahingehende ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung besteht. Im allgemeinen muß dieser Differenzbetrag als Vermögensbestandteil angesehen werden, dessen Verteilung entsprechend den zur Zeit der Gründung geltenden richtig bewerteten Kapitalanteilen zu erfolgen hat. ⁴⁾

IV. Rechtslage bei Änderung des Verteilungsmaßstabes während des Bestehens der Gesellschaft

Die meisten Autoren behandeln den Differenzbetrag als Gewinn des letzten Geschäftsjahres bzw. des Rumpfgeschäftsjahres. Maßgebend ist also der im Zeitpunkt des Ausscheidens geltende Ergebnisverteilungsschlüssel. ⁵⁾ Diese Ansicht kann zu ungerechten Ergebnissen führen,

1) Vgl. Schmalenbach Finanzierung S.9.

2) Knöchlein DNotZ 1960 S.462 f.; Fischer Anm. z.BGH LM § 138 HGB Nr.1; Ganssmüller NJW 1956 S.300 u. 908; Buchwald NJW 1956 S.907; BGH NJW 1955 S.1025.

3) Knöchlein DNotZ 1960 S.462 f.

4) Vgl. BGH NJW 1956 S.1025; Ganssmüller NJW 1956 S.300 u. 908; Buchwald NJW 1956 S.907.

5) Schlegelberger-Geßler § 138,22; Hueck OHG S.294; Düringer-Hachenburg § 138,10; Sudhoff NJW 1957 S.734 Staub Anh. § 141,5.

weil die Gewinne schon in früheren Zeiträumen entstanden sind. Die Gesellschafter, deren Ergebnisanteil erhöht worden ist, werden also den übrigen Gesellschaftern gegenüber bevorzugt. ¹⁾ Schönle nimmt die Verteilung daher nach den Durchschnittsgewinnanteilen derjenigen Jahre vor, in welchen sich dieser Gewinn gebildet hat. ²⁾

Es ist aber zu beachten, daß der Entstehungszeitpunkt dieser Gewinne nur festgestellt werden kann, wenn für jeden Zeitraum, dem ein besonderer Ergebnisverteilungsschlüssel zukommt, eine Bilanz auf Grundlage der "wahren" Werte erstellt wird. Das ist vor allem dann nahezu unmöglich, wenn der Ergebnisverteilungsschlüssel häufig geändert worden ist. Hueck nimmt aus diesem Grunde eine "gewissermaßen" stillschweigende Vereinbarung der Gesellschafter an, daß der im Zeitpunkt des Ausscheidens geltende Schlüssel maßgebend ist. ³⁾ Wenn es auch unrichtig erscheinen mag, eine Vereinbarung anzunehmen, obwohl die Gesellschafter diesen Punkt nicht regeln wollten, so ist Hueck doch im Ergebnis zuzustimmen, da der Gesetzgeber keine unmögliche Regelung schaffen wollte.

C. Zeitpunkt der Auszahlung des Abfindungsanspruches, seine Verzinsung und die Pflicht zur Sicherheitsleistung

I. Auszahlung des Abfindungsanspruches

Für die Beurteilung der gesetzlichen Regelung ist auch die Frage bedeutsam, in welchem Zeitpunkt der Ab-

1) Schönle DB 1959 S.1427; Knöchlein DNotZ 1960 S.462 f.

2) Schönle DB 1959 S.1427.

3) Hueck OHG S.294.

findungsanspruch fällig wird. Gem. § 271 I BGB kann der Ausscheidende den Anspruch grundsätzlich sofort geltend machen. Da erst mit Erstellung der Abfindungsbilanz feststeht, ob und in welcher Höhe ein Guthaben für den Ausscheidenden besteht, bedeutet die sofortige Fälligkeit allerdings, daß der Ausscheidende die Auszahlung im allgemeinen erst nach Erstellung der Abfindungsbilanz und nicht schon im Zeitpunkt des Ausscheidens verlangen kann. ¹⁾

Es ist zu untersuchen, ob die gesetzliche Regelung darüber hinaus ein Hinausschieben der Auszahlung gestattet. In Betracht kommt ein Hinausschieben der Fälligkeit durch weite Auslegung des § 271 I BGB (1) und die Beurteilung der sofortigen Geltendmachung des fälligen Anspruches als Verstoß gegen § 242 BGB (2).

1. Hinausschieben der Fälligkeit wegen weiter Auslegung von § 271 I BGB

Ausnahmsweise tritt die sofortige Fälligkeit gem. § 271 I BGB nicht ein, wenn sich aus gesetzlichen Vorschriften oder aus den Umständen, d.h. aus einer stillschweigenden Vereinbarung ²⁾, etwas anderes ergibt. Entgegenstehende gesetzliche Vorschriften bestehen nicht. ³⁾ Eine stillschweigende Vereinbarung ergibt sich im Rahmen des § 271 I BGB nach allgemeiner Ansicht aus der Natur des Schuldverhältnisses, der Art der Leistung oder der mutmaßlichen Parteiabsicht unter Berücksichtigung der Verkehrssitte. ⁴⁾

1) BGH MDR 1959 S.728; RGZ 118,299; RG HRR 1939 Nr.937; Hueck OHG S.296; Düringer-Hachenburg § 138,14 b; Staudinger § 738,12; RGRK BGB § 738,3; a.A. ohne Begründung RGRK HGB § 138,37; Möhle S.141; für Ausnahmefälle vgl. Knöchlein DNotZ 1960 S.467.

2) Enneccerus-Lehmann S.101.

3) Schwarze S.128; Potthoff-Zintzen S.233; Staub Anh. § 141,9.

4) RGRK BGB § 271,7; RG HRR 1939 Nr.937; Knöchlein DNotZ 1960 S.467.

Die Natur des Schuldverhältnisses oder die Art der Leistung lassen einen späteren Zeitpunkt für die Auszahlung nur ersehen, wenn die Leistung notwendigerweise erst später erbracht werden kann. ¹⁾ Die Art der Abfindungsleistung, nämlich regelmäßig eine Geldzahlung, steht der sofortigen Geltendmachung nicht entgegen. Auch die sich aus der Natur des Gesellschaftsvertrages ergebende Treuepflicht macht ein Hinausschieben der Zahlung nicht notwendig.

Für die Feststellung der "mutmaßlichen Parteiabsicht unter Berücksichtigung der Verkehrssitte" ist zu beachten, daß Kaufleute, die sich in einer Gesellschaft zusammenschließen, um ein Unternehmen zu betreiben, beim Ausscheiden eines Gesellschafters in erster Linie ein gesundes Unternehmen erhalten wollen, daneben aber eine möglichst geringe Beeinträchtigung des Ausscheidenden zu erreichen suchen, der sich mit dem Abfindungsbetrag häufig eine neue Existenz schaffen muß. ²⁾

Nach der dahingehenden stillschweigenden Vereinbarung der Gesellschafter kann das Interesse des Ausscheidenden an einer alsbaldigen Auszahlung nur berücksichtigt werden, soweit der gesunde Bestand des Unternehmens nicht gefährdet ist. ³⁾ Diese unternehmensfreundliche Auffassung wird teilweise in Rechtsprechung und Rechtslehre ohne Begründung abgelehnt. Die Vertreter dieser Gegenansicht nehmen die Fälligkeit des Anspruches zu einem späteren Zeitpunkt nur in besonderen Ausnahmefällen

-
- 1) Vgl. Enneccerus-Lehmann S.101 und die dort angeführten Beispiele. Die Natur eines Werkvertrages z.B. macht es notwendig, daß die Leistung erst nach Fertigstellung des Werkes erbracht wird.
 - 2) RG HRR 1939 Nr.937; für die Voraussetzungen des Vorliegens einer Verkehrssitte vgl. Soergel-Siebert § 157,25 ff.
 - 3) Vgl. Schlegelberger-Geßler § 138,25; Baumbach-Duden § 138,4 E; Staub Anh. § 141,9; Ritter § 138,3c cc.

an ¹⁾, oder sie lehnen ein Hinausschieben sogar ganz
ab. ²⁾

In dem Bestehen dieser verschiedenen Meinungsrichtungen zeigt sich eine Unklarheit der gesetzlichen Regelung. Wenn man der weniger unternehmensfreundlichen Meinung folgt, kommt hinzu, daß die Erhaltung des Unternehmens gefährdet wird.

Innerhalb der unternehmensfreundlichen Meinung ist vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen der gesunde Bestand eines Unternehmens bei einer sofortigen Auszahlung gefährdet ist, nicht eindeutig zu beantworten. Sicher kann die Gewinnhöhe der letzten Jahre keine Auskunft über die Fähigkeit des Unternehmens zu Auszahlungen geben. ³⁾ Maßgebend sind vielmehr die Liquidität des Unternehmens und der Umfang der Kapitalbeschaffungsmöglichkeit. ⁴⁾

Die Liquidität des Unternehmens, in diesem Fall als Liquidierbarkeit der Vermögensteile aufgefaßt ⁵⁾, ist unter dem Aspekt der Fortführung des gesunden Unternehmens zu beurteilen. Danach ist zu entscheiden, ob das Unternehmen Betriebsvermögen verflüssigen kann, ob die etwaige Verflüssigung sich nur auf das nicht betriebsnotwendige Vermögen zu beziehen hat oder ob auch Teile des Erweiterungsvermögens oder sogar des betriebsnotwendigen Vermögens veräußert werden können. Es ist also die Frage zu entscheiden, ob und in welchem Ausmaße das Unternehmen zukünftig auf Erweiterungen verzichten oder sogar Produktionseinschränkungen hinnehmen kann. Auch

1) RG HRR 1939 Nr.937; Knöchlein DNotZ 1960 S.466; Sudhoff S.257; RGRK HGB § 138,37.

2) Brand § 138,6 A b; Möhle S.141.

3) So aber RG HRR 1939 Nr.937.

4) Schwarze S.128 ff.; Knöchlein DNotZ 1960 S.467 f.

5) Vgl. dazu Schnettler S.233 ff.

die Möglichkeit der Kapitalbeschaffung darf nicht nur unter dem Gesichtspunkt gesehen werden, inwieweit sich Geldgeber finden. Es ist auch zu beachten, daß durch die Aufnahme von Kredit die Kreditmöglichkeiten für die Zukunft wegen des nur noch begrenzten Vorhandenseins von Sicherheiten beschränkt sind. Die Frage, welche Kreditaufnahme und welche Verflüssigung von Vermögen für das Unternehmen noch tragbar ist, läßt sich wegen der nicht gesicherten Erwartungen nicht eindeutig beantworten.

2. Sofortige Geltendmachung des fälligen Anspruches als Verstoß gegen § 242 BGB

In Rechtsprechung und Rechtslehre wird teilweise die Ansicht vertreten, daß sich ein Hinausschieben des Auszahlungszeitpunktes ausschließlich oder über die Möglichkeit der stillschweigenden Vereinbarung (§ 271 I BGB) hinaus aus § 242 BGB ergibt.¹⁾ Die Vertreter dieser Ansicht anerkennen also ein Recht, die sofortige Auszahlung zu verlangen, halten die Geltendmachung dieses Rechtes unter bestimmten Voraussetzungen aber als Verstoß gegen § 242 BGB für unzulässig.

Die sofortige Geltendmachung des Abfindungsanspruches stellt einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) dar, wenn sie zu einer redlichen Haltung gegenüber den Mitgesellschaftern und deren Vertrauen auf eine solche Haltung im Widerspruch steht.²⁾ Diese allgemein gebräuchliche Definition der Begriffskombination "Treu und Glauben" ermöglicht jedoch nicht die Entscheidung

-
- 1) RG HRR 1939 Nr.937; OLG Breslau DJ 1937 S.318 (von Palandt § 271,1 zu Unrecht als ablehnende Stelle zitiert); Hueck OHG S.296 u.Fußn.68 das.; RGRK BGB § 738,3 und § 271,6; Palandt § 271,1; Enneccerus-Lehmann S.101; RGRK HGB § 138,37 (mißverständlich); Düringer-Hachenburg § 138,14b; Sieben S.75; Potthoff Zintzen S.233; Sudhoff S.257, ders. NJW 1961 S.801.
2) Palandt § 242,1; Larenz S.86; vgl. auch Siebert S.117.

eines Sachverhaltes durch "logische Subsumtion". ¹⁾

Man kommt nur zu reinen Billigkeitsentscheidungen, deren Ergebnisse nicht vorausschaubar sind und daher einen Verstoß gegen das Prinzip der Rechtssicherheit darstellen. ²⁾

Eine Konkretisierung des Billigkeitsmaßstabes wird einmal durch die Berücksichtigung der Verkehrssitte erreicht, die nach allgemeiner Ansicht als im Verkehr tatsächlich herrschende, nicht mißbräuchliche Übung aufzufassen ist. Diese Übung kann auf einen örtlich begrenzten Kreis oder auf einen bestimmten Berufsstand beschränkt sein. ³⁾ Vor allem ist eine Konkretisierung des Billigkeitsmaßstabes aber dadurch ermöglicht worden, daß die Rechtsprechung und die Rechtslehre durch Systematisierung der Vorschrift des § 242 BGB tatbestandsähnliche Fallgruppen geschaffen haben. ⁴⁾

Die sofortige Geltendmachung des Anspruches könnte als ein Verstoß gegen den "Tatbestand" des "Erstrebens eines rücksichtslosen, übermäßigen Eigennutzes" aufzufassen sein. Der "Tatbestand" ist erfüllt, wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruches das Unternehmen in unangemessener Weise benachteiligt, ohne daß der Ausscheidende sich auf ein überwiegendes Eigeninteresse berufen kann. ⁵⁾

Ein unverhältnismäßig großer Nachteil ist für das Unternehmen immer dann gegeben, wenn eine erhebliche Gefahr für das Unternehmen besteht. Die sofortige Auszahlung des gesamten Abfindungsbetrages wird den Bestand des Unternehmens regelmäßig gefährden. Inwieweit ein Hinausschieben der Auszahlung notwendig ist, um eine Gefährdung zu ver-

1) Vgl. Wieacker S.17 f.

2) Larenz S.87.

3) Soergel-Siebert § 157,25 ff.

4) Larenz S.87; Wieacker S.19; Enneccerus-Lehmann S.21 f.

5) Soergel-Siebert § 242,162.

meiden, kann allerdings im Einzelfall nicht eindeutig bestimmt werden. ¹⁾

Weiterhin darf der Ausscheidende nicht ein überwiegendes Eigeninteresse an der sofortigen Auszahlung geltend machen können. Daß der Ausscheidende in den allermeisten Fällen ein Interesse an der alsbaldigen Auszahlung hat, liegt auf der Hand. Das ist besonders deutlich, wenn der Ausscheidende sich mit dem ausgezahlten Betrag anderweitig beteiligen will.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob dem Interesse des Ausscheidenden oder dem Gesellschaftsinteresse an einem gesunden Bestand des Unternehmens der Vorrang einzuräumen ist. Die Entscheidung kann sich aus der Natur des Gesellschaftsvertrages ergeben. Die OHG erfordert ein besonders intensives Zusammenwirken der Gesellschafter, da sie "gleichzeitig eine Arbeits-, Vermögens-, Haftungs- und Risikogemeinschaft darstellt." ²⁾

Bei solchen besonders gearteten Vertragsverhältnissen wird neben dem auch sonst erforderlichen redlichen Verhalten das Erfüllen einer darüber hinausgehenden Treuepflicht verlangt.³⁾ Diese Treuepflicht beinhaltet ein, allerdings nicht unbegrenztes, Unterordnen der Eigeninteressen unter die Gemeinschaftsinteressen. ⁴⁾ Ein unbeschränkter Vorrang der Gemeinschaftsinteressen kann deswegen nicht angenommen werden, weil es sich bei der OHG nicht um eine Gemeinschaft handelt, die gegenüber dem einzelnen schlechthin höher zu bewerten ist. ⁵⁾ Die Natur des Gesellschaftsvertrages deutet somit lediglich auf eine höhere Bewertung der Gemeinschaftsinteressen hin, ohne aber einen absoluten Vorrang dieser Interessen zu

1) Vgl. oben S.95 f.

2) Hueck Treuegedanke Privatrecht S.13.

3) Soergel-Siebert § 242,5; Larenz S.88; Hueck Anm.z. CGH SJZ 1948 S.751.

4) Soergel-Siebert § 242,5; vgl. auch Hueck Treuegedanke OHG S.79, ders. Anm. z.OGH SJZ 1948 S.751, ders. OHG S.122.

5) Hueck Treuegedanke OHG S.79.

bestimmen.

Das Gewicht der kollidierenden Gemeinschaftsinteressen und Eigeninteressen kann weiterhin aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen oder vertraglichen Regelung abgeleitet werden, aus der sich die Interessen ergeben. ¹⁾ Die Regelung des Ausscheidens eines Gesellschafters hat in erster Linie den Zweck, die Auflösung des Unternehmens zu verhindern und eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit zu erreichen. ²⁾ Andererseits soll im allgemeinen durch die Regelung auch das Interesse des Ausscheidenden berücksichtigt werden.

Demnach müßte man jedes Zahlungsverlangen als Verstoß gegen § 242 BGB ansehen, das den Fortbestand des Unternehmens gefährdet. Auch diejenigen Autoren, welche ein Recht zu sofortiger Auszahlung gem. § 271 I BGB anerkennen und nur die Geltendmachung gem. § 242 BGB für unzulässig halten, kommen nicht zu einer eindeutigen Lösung. Entgegen der hier dargestellten und begründeten unternehmensfreundlichen Auffassung lassen einige Autoren ein Hinausschieben nur in Ausnahmefällen zu. ³⁾ Während diese Autoren auch das Interesse an einer Erhaltung des gesunden Unternehmens berücksichtigen, will Goldmann ⁴⁾ sogar den Untergang des Unternehmens hinnehmen. Neben diesen Meinungsverschiedenheiten verursachen die schon im Rahmen des § 271 I BGB aufgezeigten Schwierigkeiten eine erhebliche Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung.

1) Hueck Treuegedanke OHG S.81 teilt in diesem Zusammenhang die Gesellschafterrechte ein in Pflichtrechte (höheres Gemeinschaftsinteresse) und eigennützige Gesellschafterrechte (höheres Eigeninteresse).

2) Hueck OHG S.296.

3) RGRK HGB § 138,37; Hueck OHG S.296 u.Fußn.68 das.; Knöchlein DNotZ 1960 S.467; Sudhoff S.257.

4) § 138,23.

II. Verzinsung

Wenn die Auszahlung gem. § 271 I BGB oder § 242 BGB erst später zu erfolgen hat, besteht die Frage, ob und mit welchem Zinsfuß der Abfindungsanspruch zu verzinsen ist. Nach allgemeiner Ansicht ist der Anspruch gem. § 353 HGB vom Zeitpunkt der Feststellung der Abfindungsbilanz an mit 5% p.a. zu verzinsen. ¹⁾

Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist anzuerkennen. Die Gesellschafter sind Kaufleute, selbst wenn sie nicht zur Geschäftsführung befugt sind. ²⁾ Als beiderseitiges Handelsgeschäft, aus dem die zu verzinsende Forderung entstanden ist (vgl. §§ 353, 343 HGB), wird die Auseinandersetzungsvereinbarung ³⁾ oder der Gesellschaftsvertrag ⁴⁾ genannt. Zwar stellen beide Vereinbarungen beiderseitige Handelsgeschäfte dar ⁵⁾, doch erscheint es richtiger, die Forderung als aus dem Gesellschaftsvertrag entstanden anzusehen. Aus der Auseinandersetzungsvereinbarung ergibt sich lediglich die Höhe des Anspruches. ⁶⁾

Es könnte noch fraglich sein, ob die Verzinsung nicht dann ausgeschlossen ist, wenn die Fälligkeit des Anspruches durch stillschweigende Vereinbarung gem.

§ 271 I BGB hinausgeschoben worden ist. Gem. § 353 HGB ist eine Forderung erst vom Zeitpunkt ihrer Fälligkeit

1) Schlegelberger-Geßler § 138, 25; Baumbach-Duden § 138, 4 E; vgl. auch RG JW 1938 S. 3047, wonach umgekehrt auch ein Zinsanspruch für die Gesellschaft besteht, wenn das Kapitalkonto des Ausscheidenden einen Negativsaldo ausweist.

2) Hueck OHG S. 296.

3) Schlegelberger-Geßler § 138, 25; Düringer-Hachenburg § 138, 14b; Unklar RGRK HGB § 138, 37.

4) RG JW 1938 S. 3047; Hueck OHG S. 296; Ritter § 138, 3 c cc; Möhle S. 141; Sudhoff S. 257.

5) Hueck OHG S. 296; a.A. im Anschluß an eine angeblich bestehende h.M. Klein S. 14.

6) Vgl. Hueck OHG S. 296.

an zu verzinsen. Richtig führt aber Ritter aus, daß die mutmaßliche Parteiabsicht im Rahmen des § 271 I BGB nur dahin geht, die Geltendmachung auszuschließen, nicht aber die Verzinslichkeit. ¹⁾ Das ist aus dem Grundsatz zu folgern, daß ein Kaufmann sein Kapital einem anderen nicht unentgeltlich zur Verfügung stellt. ²⁾

Im Ergebnis geht die Regelung also eindeutig dahin, daß der Anspruch mit Feststellung der Abfindungsbilanz mit 5 % p.a. zu verzinsen ist.

III. Pflicht zur Sicherheitsleistung

Eine Gruppe von Autoren lehnt eine Pflicht der verbleibenden Gesellschafter zur Sicherheitsleistung ohne weitere Begründung ab mit Hinweis auf ein Urteil des RG ³⁾ oder auf andere Literaturstellen, die sich ihrerseits auf dieses Urteil beziehen. ⁴⁾ Dieses Urteil enthält jedoch nichts für eine solche Annahme. Das RG hatte die Frage zu entscheiden, ob ein Vergleich, auf Grund dessen einem ausscheidenden Gesellschafter ein hoher Abfindungsanspruch mit Sicherheitsleistung gewährt wurde, gem. § 138 BGB nichtig oder wenigstens gem. § 31 KO anfechtbar war. Eine Gläubigerbenachteiligung (§ 31 KO) wurde u.a. auch im Hinblick auf den erheblichen Umfang der Sicherheitsleistung angenommen. Wenn

1) Ritter § 138,3 c cc.

2) Vgl. RGRK HGB § 138,37.

3) RG JW 1919 S.34.

4) Schlegelberger-Geßler § 138,25; Baumbach-Duden § 138,4 E; Knöchlein DNotZ 1960,468; Sudhoff S.257; Klein S.14; Schwarze S.149; vgl. noch Staub Anh. § 141,9.

eine bestimmte Gestaltung der Sicherheitsleistung als unzulässig anzusehen ist, so wird damit aber nichts über die Zulässigkeit der Sicherheitsleistung schlechthin ausgesagt. Eine Verneinung der Pflicht zur Sicherheitsleistung könnte aus dem Urteil nur gefolgert werden, wenn jede Sicherheitsleistung für unzulässig erklärt worden wäre.

Einige Autoren beziehen sich ebenfalls auf ein Urteil des RG ¹⁾ und wollen danach "gegebenenfalls" eine Sicherheitsleistung gewähren. ²⁾ Weder das RG noch die Autoren führen aus, wann ein solcher Fall gegeben ist, der eine Pflicht zur Sicherheitsleistung entstehen läßt.

Eine Pflicht zur Sicherheitsleistung kann sich aus einer stillschweigenden Vereinbarung im Rahmen des § 271 I BGB oder auch aus § 242 BGB ergeben, weil eine Sicherheitsleistung vom Standpunkt des Ausscheidenden aus als zweckmäßig erscheint. ³⁾ Wenn man der unternehmensfreundlichen Auffassung folgt, kann eine solche Pflicht aber nur angenommen werden, wenn dadurch die Erhaltung des Unternehmens nicht gefährdet wird.

Als Sicherungsmöglichkeiten kommen vor allem in Betracht die Umwandlung des Abfindungsanspruches in eine Hypothekenforderung, Begründung einer Grundschuld, Sicherungsübereignung und in besonderen Fällen die Stellung eines Bürgen. ⁴⁾ Dabei ist aber zu beachten, daß die meisten Sicherungsobjekte wegen des großen Kapitalbedarfes für die Beschaffung von Fremdkapital belastet sind. Noch unbelastete Objekte müssen oft für notwendige Erweiterungen freigehalten werden. Eine Sicherheitsleistung wäre danach im allgemeinen nur möglich, wenn auf notwendige

1) RG JW 1938 S.3047.

2) RGRK BGB § 738,3; RGRK HGB § 138,37; charakteristisch für die unklaren Auffassungen zu dieser Frage die Ausführungen von Knöchlein, der "gegebenenfalls" eine Pflicht zur Sicherheitsleistung annimmt (DNotZ 1960 S.467), diese Pflicht aber später wieder "im allgemeinen" ablehnt (das. S.468).

3) RGRK HGB § 138,37.

4) Vgl. Sudhoff S.288; Potthoff-Zintzen S.234; Schwarze S.150 f.; Knöchlein DNotZ 1960 S.468.

Erweiterungen verzichtet wird. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung ist daher zwar grundsätzlich zu bejahen, doch wird oft nicht die Möglichkeit zu einer Sicherheitsleistung bestehen. Auch diese Frage ist aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht eindeutig zu beantworten.

D. Die Konsequenzen aus der gesetzlichen Regelung gem. den steuerrechtlichen Vorschriften, insbesondere gem. dem Einkommensteuergesetz (EStG)

Die Konsequenzen werden für den ausscheidenden Gesellschafter (I) und die verbleibenden Gesellschafter (II) getrennt untersucht.

I. Die Konsequenzen für den ausscheidenden Gesellschafter

Das Ausscheiden mit Abfindung ist als eine Veräußerung des Anteiles seitens des Ausscheidenden an die verbleibenden Gesellschafter aufzufassen. ¹⁾ Dabei stellt der Abfindungsbetrag den Kaufpreis dar. ²⁾ Ein erzielter Veräußerungsgewinn ist als Einkunft aus Gewerbebetrieb anzusehen (§ 16 I Ziff. 2 EStG), so daß den Ausscheidenden gem. §§ 1 I, 2 II u. III Ziff. 2 EStG eine Einkommensteuerpflicht trifft.

Ein Veräußerungsgewinn ist nur gegeben, soweit "der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Anteiles am Betriebsvermögen übersteigt" (§ 16 II EStG). Man kann dabei von etwaigen Veräußerungskosten absehen, weil sie im Regelfall nicht ins Gewicht fallen. Damit ist der Wert des Anteiles die alleinige

1) Thier S.128; Potthoff-Zintzen S.193; Blümich-Palk § 16,5a; Krah BB 1961 S.1370 ff.; vgl. auch den Wortlaut von § 16 IV EStG.

2) Thier S.131.

Bezugsgröße für den Veräußerungsgewinn. Da die Abfindung gem. § 738 BGB entsprechend dem Wert des Anteiles festzusetzen ist ¹⁾, kann ein Veräußerungsgewinn bzw. Veräußerungsverlust scheinbar nicht entstehen. Der Wert des Anteiles gem. § 16 II EStG ist mit dem Wert des Anteiles gem. § 738 BGB jedoch nicht identisch. Für das EStG stellt der Saldo des Kapitalkontos aus der Steuerbilanz und nicht der "wahre Wert" den Wert des Anteiles dar. ²⁾ Diese Auffassung ist vom Standpunkt des Fiskus aus konsequent. Für den Fiskus ist nicht der "wahre Wert" interessant, sondern der Wert, der sich bisher durch versteuerte Gewinne gezeigt hat.

Demnach entsteht ein Veräußerungsgewinn, soweit die Abfindung bzw. der "wahre Wert" des Anteiles (§ 738 BGB) infolge von stillen Reserven und/oder einem Geschäftswert den Saldo des steuerlichen Kapitalkontos übersteigt. ³⁾ Entsprechend ist ein Veräußerungsverlust gegeben, soweit die Abfindung wegen einer stillen Unterbilanz und/oder wegen eines negativen Geschäftswertes hinter dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos zurückbleibt. ⁴⁾ Wenn die Abfindung mit dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos übereinstimmt, so entsteht weder ein Gewinn noch ein Verlust. ⁵⁾

Das Vorstehende gilt entsprechend für den Sonderfall eines negativen Saldos des steuerlichen Kapitalkontos. Soweit der Saldo in diesem Falle durch das Vorhandensein von stillen Reserven und/oder durch einen Geschäftswert positiv wird, entsteht ein Veräußerungsge-

1) Vgl. z.B. BGHZ 17,136; RGZ 106,132; RGZ 160,131; RG DR 1941 S.1301 u.2113; vgl. aber auch Schönle DB 1959 S.1427, der die Zerschlagungswerte und nicht die "wahren Werte" zugrundelegt.

2) Vgl. Thier S.133.

3) Tittel BFuP 1949 S.296; Möhle S.168.

4) Tittel BFuP 1949 S.296.

5) Blümich-Falk § 16,5a; Potthoff-Zintzen S.193; Tittel BFuP 1949 S.284; Möhle S.168.

winn. Soweit der negative Saldo durch eine stille Unterbilanz und/oder einen negativen Geschäftswert erhöht wird, vergrößert sich der schon bestehende Veräußerungsverlust. ¹⁾

Für das Entstehen eines Veräußerungsgewinnes oder Veräußerungsverlustes ist es irrelevant, ob der Abfindungsbetrag dem Ausscheidenden sofort gezahlt wird oder ob der Betrag wegen § 271 I BGB oder § 242 BGB ganz oder teilweise später zufließt. ²⁾

Hinsichtlich der Besteuerung des Veräußerungsgewinnes ist eine Freigrenze (§ 16 III EStG ³⁾) und die Möglichkeit des Erlasses oder der Ermäßigung der Steuerschuld in Sonderfällen zu beachten (§ 16 IV EStG).

Außerdem ist der Veräußerungsgewinn unter bestimmten Voraussetzungen tarifbegünstigt (§ 34 EStG). ⁴⁾

Der Gewinn nimmt nicht an der allgemeinen Progression des Steuersatzes teil ⁵⁾, sondern ist nur mit einem Satz von 10 - 30 % zu versteuern (§ 34 I u. II Ziff. 1 EStG). Innerhalb dieser Grenzen wird der Satz vom Finanzamt nach Ermessen festgesetzt. In der Regel wird der Satz auf die Hälfte desjenigen Satzes festgelegt, der für das Gesamteinkommen gilt. ⁶⁾

Ein Veräußerungsverlust ist mit den Einkünften aus anderen Einkunftsarten (vgl. § 2 III Ziff. 1-7 EStG) ausgleichsfähig. In Höhe des Verlustes vermindert sich also das Einkommen und damit auch die Einkommensteuerpflicht. ⁷⁾

1) Tittel BFuP 1949 S.297.

2) Tittel BFuP 1949 S.297.

3) Für den Unterschied zwischen Freigrenze und Freibetrag vgl. Tittel BFuP 1949 S.297.

4) Vgl. Möhle S.145 f.

5) Blümich-Falk § 34,1.

6) Blümich-Falk § 34,11.

7) Tittel BFuP 1949 S.296.

II. Die Konsequenzen für die verbleibenden Gesellschafter

Wenn man bei den Verbleibenden wie bei dem Ausscheidenden den Saldo des steuerlichen Kapitalkontos als Wert des Anteiles auffaßte, so stände einem Veräußerungsgewinn des Ausscheidenden ein ebenso hoher Verlust der Verbleibenden und dementsprechend einem Veräußerungsverlust ein ebenso hoher Gewinn gegenüber. Für die steuerlichen Konsequenzen bei den verbleibenden Gesellschaftern stellt der Fiskus jedoch auf den "wahren Wert" des Anteiles ab. Bis zum Beweis des Gegenteiles wird dieser "wahre Wert" durch den gezahlten Kaufpreis, d.h. den Abfindungsbetrag ausgedrückt. Demnach kann bei den Verbleibenden durch die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters, abgesehen von Sonderfällen, ein Gewinn oder Verlust nicht entstehen.¹⁾

Mit dieser Aussage sind die steuerlichen Konsequenzen für die Verbleibenden jedoch nicht vollständig erfaßt. Da der Fiskus den Kaufpreis als den maßgebenden Wert ansieht und demnach ein Gewinn oder Verlust nicht entsteht, muß der Abfluß von Zahlungsmitteln für die Abfindung, soweit er von dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos des Ausscheidenden abweicht, durch eine entsprechende Neubewertung der Aktiva ausgeglichen werden.

Wenn der Abfindungsbetrag über den Saldo des steuerlichen Kapitalkontos hinausgeht, wird angenommen, daß dieser erhöhte Betrag wegen vorhandener stiller Reserven und/oder wegen eines Geschäftswertes gezahlt wird. In

1) Thier S.130; Tittel BFuP 1949 S.285; Möhle S.168. Beachte aber z.B. den Sonderfall der Abfindung eines sog. lästigen Gesellschafters. Dann kann der Kaufpreis außer dem Wert des Anteiles eine Betriebsausgabe (§ 4 IV EStG) für die Beseitigung einer Beeinträchtigung der Gesellschaft wiedergeben. In Höhe der Betriebsausgabe entsteht eine Gewinnminderung (strenge Beweispflicht). Möhle S.168; Thier S.168 ff.; BFH NB 1960 Nr.7 S.162.

Höhe des Anteiles des Ausscheidenden an den stillen Reserven ist der Mehrbetrag den einzelnen Aktivposten zuzuschreiben. ¹⁾ Soweit der Mehrbetrag den Anteil des Ausscheidenden an den stillen Reserven übersteigt, nimmt der Fiskus ein Entgelt für einen Geschäftswert an. ²⁾

Der Fiskus erstrebt also nicht die Offenlegung aller stillen Reserven. Nur die Vermögensteile, welche durch die Abfindung für den Ausscheidenden realisiert werden, sollen sichtbar gemacht werden. Außerdem kommt es dem Fiskus wesentlich auf die Ausweisung des Anteiles an einem etwaigen Geschäftswerte an. ³⁾

Die Erhöhung der Aktivposten hat zur Folge, daß sich die gewinnmindernden Abschreibungen erhöhen. ⁴⁾ Der Geschäftswert kann allerdings regelmäßig nicht abgeschrieben werden. ⁵⁾ Dem Vorteil erhöhter Abschreibungsmöglichkeiten steht der Nachteil einer erhöhten Vermögenssteuerpflicht für die Verbleibenden gegenüber. ⁶⁾

Wenn der Abfindungsbetrag hinter dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos zurückbleibt, wird dementsprechend eine stille Unterbilanz und/oder ein negativer Geschäftswert angenommen. Da der Fiskus inkonsequenterweise einen Posten für einen negativen Geschäftswert nicht ansetzt, erfolgt eine Abbuchung von den Vermögenskonten nicht nur in Höhe des Anteiles des Ausscheidenden an der stillen Unterbilanz; auch die Anteile der Verbleibenden sind abzubuchen, soweit der Minderbetrag reicht.

Der steuerliche Effekt besteht darin, daß sich die gewinnmindernden Abschreibungen wegen der Verminderung des ausgewiesenen Vermögens verringern. Andererseits ist aber nur ein niedrigerer Betrag an Vermögenssteuern aufzuwenden.

1) Thier S.130; Tittel BFuP 1949 S.285.

2) Brönner S.562;

3) Potthoff-Zintzen S.193; Blümich-Falk § 16,5a; BFH NB 1961 S.67.

4) Brönner S.561.

5) Brönner S.562.

6) Möhle S.168.

Wenn der Abfindungsbetrag mit dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos übereinstimmt, so entsteht wie für den Ausscheidenden so auch für die Verbleibenden kein steuerlicher Effekt.

D r i t t e r A b s c h n i t t

Beurteilung der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Erfüllung der gestellten Anforderungen

Die Beurteilung der gesetzlichen Abfindungsregelung hat sich in erster Linie darauf zu beziehen, ob das primäre Interesse der Vertragsschließenden an einer Erhaltung des gesunden Unternehmens durch die gesetzliche Regelung erfüllt wird. ¹⁾

Klein ²⁾ glaubt die Erfüllung dieses Interesses schon mit der Begründung bejahen zu können, daß die gesetzliche Regelung überhaupt ein Ausscheiden mit Abfindung an Stelle einer "destruktiven Liquidation" zulasse. Diese Begründung ist jedoch nicht treffend, wenn die Abfindungsregelung so gestaltet ist, daß sich ihr Effekt von einer Liquidation in vielen Fällen nicht unterscheidet.

Gem. § 738 I BGB ist der Anteil des Ausscheidenden an dem "wahren" Wert des Unternehmens auszuzahlen. Neben dem Buchwert sind also die stillen Reserven, welche der Gesellschaft auch in Krisenzeiten Stabilität gewähren sollen, sowie der risikobehaftete Geschäftswert zu beachten. Den gefährlichen Effekt dieser Regelung kann man sich verdeutlichen, wenn man folgendes bedenkt: Wenn

1) Vgl. oben S. 5.

2) a.a.O. S. 68.

einer der beiden mit je 50% beteiligten Gesellschafter aus einer zweigliedrigen OHG ausscheidet, dann folgt ein Kapitalabfluß in Höhe von 50% des gesamten realen Kapitaless. Bei einer Gesellschaft mit hohen stillen Reserven und evtl. noch einem Geschäftswert kann die Hälfte des realen Gesamtkapitaless 100% und mehr des buchmäßigen Kapitaless ausmachen. Da die Mehrzahl aller OHGen nur zwei oder drei Mitglieder zählt, wird die Wirkung des Ausscheidens regelmäßig solche gefährlichen Ausmaße annehmen.

Eine Gefährdung des Unternehmens träte allerdings nicht ein, wenn die Auszahlung sich auf eine solch lange Zeitspanne verteilen ließe, daß sie aus nicht betriebsnotwendigen Gewinnanteilen und aus der Verflüssigung von nicht für die Erhaltung erforderlichen Vermögensteilen bestritten werden könnte. Dieses zeitliche Ausweichen wird jedoch durch die Vorschrift des § 271 I BGB verhindert, die grundsätzlich eine sofortige Auszahlung verlangt.

Neben dem zeitlichen Ausweichen ist noch an die Möglichkeit der Aufnahme neuen Kapitaless zu denken. Durch Aufnahme eines Gesellschafters oder durch Erhöhung der alten Einlagen könnte man weiteres Eigenkapital schaffen. In den allermeisten Fällen sind die Gesellschafter aber nicht so kapitalkräftig, daß sie ihre Einlagen in einem so erheblichen Ausmaße erhöhen könnten. Gerade das Vermögen von Gesellschaftern einer OHG, die sich ja persönlich und kapitalmäßig intensiv auf die Gesellschaft konzentrieren ¹⁾, besteht oft hauptsächlich aus ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen.

Auch die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ist problematisch. Es ist schon schwierig, überhaupt einen Eigenkapitalgeber zu finden, da der Zugang zum Kapitalmarkt fehlt. Vor allem ist aber zu beachten, daß ein neuer Gesellschafter auch nach Fähigkeiten und Charakter

1) Vgl. Hueck Treuegedanke Privatrecht S.13.

zu den Altgesellschaftern passen muß. Anderenfalls wird die auch persönlich enge Verbindung in der OHG bald auseinanderbrechen.

Es bleibt die Möglichkeit der Aufnahme von Fremdkapital. Auch hier wirkt der fehlende Zugang zum Kapitalmarkt hemmend. Trotzdem könnte zumindest heute ein genügend hoher Kredit beschafft werden, wenn Sicherheiten in ausreichendem Maße vorhanden sind. Bei der heutigen kapitalintensiven Wirtschaftsform haben die meisten OHGen ihre Kreditlinie aber schon bis zum äußersten Rahmen ausgenutzt. Es ist demnach keine Möglichkeit sichtbar, welche die Erhaltung des Unternehmens bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten könnte. ¹⁾

Ganz offensichtlich war die Beachtung des Interesses an der Erhaltung des Unternehmens für den Gesetzgeber auch nicht entscheidend. Die Vorschrift des § 736 I BGB stellt vielmehr das Prinzip der formalen Gerechtigkeit an die erste Stelle, indem die Berücksichtigung des Anteiles an dem "wahren" Wert des Gesellschaftsvermögens gefordert wird. ²⁾ Dadurch werden die Interessen des Ausscheidenden einseitig zu Lasten des Unternehmens beachtet. ³⁾ Im Hinblick auf das Interesse an der Erhaltung eines gesunden Unternehmens entspricht somit weder die Berechnung des Abfindungsanspruches (§ 738 I BGB) noch die Bestimmung des Auszahlungszeitpunktes (§ 271 I BGB) den gestellten Anforderungen. ⁴⁾

Auch die Anforderung der Eindeutigkeit wird von der gesetzlichen Regelung nicht erfüllt. ⁵⁾ Schon die

1) Vgl. Siebel DNotZ 1954 S.72.

2) Klein S.68; Hermann S.9; zur Nichtbeachtung des Prinzips der Erhaltung in anderen Vorschriften vgl. Siebel DNotZ 1954 S.72 und Nehm a.a.O. S.71.

3) Staub Anh.z. § 141,13; Knöchlein DNotZ 1960 S.453.

4) Staub Anh.z. § 141,13; für § 271 I BGB Schwarze S.128; Knöchlein DNotZ 1960 S.467.

5) Vgl. zu dieser Anforderung oben S.7.

von den einzelnen Autoren ausdrücklich erklärte Abweichung ihrer Ansicht von anderen Auffassungen hebt die Eindeutigkeit auf. Die ausdrückliche Unterschiedlichkeit der Lehrmeinungen beginnt damit, daß es zweifelhaft ist, ob bei der Wertermittlung die Ertragswertmethode, die Substanzwertmethode oder ob eine Methode anzuwenden ist, welche aus den beiden Hauptmethoden kombiniert wird. ¹⁾ Vor allem aber birgt jede der beiden Hauptmethoden weitere unterschiedliche Lehrmeinungen in sich. Die Unterschiedlichkeit zeigt sich weiter in der Berechnung des Anteiles an dem festgestellten Wert und erstreckt sich schließlich noch auf die Regelung des Auszahlungszeitpunktes und auf eine etwaige Pflicht zur Sicherheitsleistung.

Weiter ist noch zu beachten, daß die meisten Autoren nur zu einigen Problemen der Unternehmensbewertung Stellung nehmen. Wenn die Autoren sich zu allen Problemen erklärten, würden sich außer den ausdrücklichen Unterschieden weitere Differenzen zeigen. Die Vielfalt der Lehrmeinungen gilt durchaus nicht nur für die Ertragswertmethode, wie häufig angenommen wird. Die Substanzwertmethode ist hier in gleicher Weise mit einzubeziehen. ²⁾ Es ist verständlich, wenn Bach die Abfindungsregelung einen "Tummelplatz betriebswirtschaftlicher Lehrmeinungen" ³⁾ nennt. ⁴⁾

Einen besonderen Akzent bekommt die ohnehin bestehende Unterschiedlichkeit der Lehrmeinungen durch terminolo-

1) Vgl. oben S. 10 ff.

2) Vgl. Jonas Wpg 1954 S.533.

3) JW 1936 S.3118.

4) Vgl. dagegen Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.6, der die Berechnung des Kapitalisierungszinsfußes theoretisch für restlos geklärt hält.

gische Unrichtigkeiten und Unklarheiten. ¹⁾ So werden Begriffe mit unterschiedlichem Inhalt wie "Veräußerungszeitwert" und "Verkaufswert des Unternehmens" als gleichbedeutend behandelt, ²⁾ während Synonymen wie Tauschwert, Verkaufswert, gemeiner Wert, Verkehrswert eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird. ³⁾

Als besonders deutliches Beispiel für eine terminologische Unklarheit kann der Begriff "Ertrag" gelten. Nicht alle Autoren geben zu erkennen, ob sie bei Verwendung dieses Begriffes ausgeschüttete oder doch ausschüttungsfähige Bilanzgewinne, ob sie den Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben, ob sie einen um Abschreibungsbeträge und Eigenkapitalzinsen erhöhten Bilanzgewinn oder ob sie, um nur noch eine Möglichkeit zu nehmen, den durch ein besonderes Korrekturverfahren aus verschiedenen Bilanzgewinnen entwickelten Zukunftsertrag meinen. ⁴⁾ - Wenn ein Korrekturverfahren angewandt wird, bleibt oft undeutlich, inwieweit die mit dem Begriff "Ertrag" belegte Größe dem Korrekturverfahren schon unterzogen worden ist. So kann man den Bilanzgewinn vergangener Geschäftsjahre oder den Ertrag vergangener Geschäftsjahre im Sinne eines wirtschaftlichen Nutzens dieser Perioden mit dem Begriff "Ertrag" umschreiben. Es bleiben aber auch folgende Möglichkeiten: die Erträge vergangener Geschäftsjahre, die untereinander vergleichbar gemacht worden sind, die auf die zukünftigen Verhältnisse projizierten verschiedenen Vergangenheitsgrößen und schließlich die einheitliche Größe "Zukunftsertrag" ⁵⁾.

Angesichts dieser fast unerschöpflichen Möglichkeiten kann man Schönle durchaus zustimmen, wenn er von einer

1) Klein S.31.

2) Vgl. z.B. Klein S.33; vgl. dazu oben S. 65.

3) Vgl. z.B. Sudhoff NJW 1949 S.88.

4) Vgl. oben S. 23.

5) Zu dem Korrekturverfahren vgl. oben S. 21 ff.

totalen Verwirrung auf dem Gebiete der Unternehmensbewertung spricht. ¹⁾ Schon wegen dieser Unterschiede der Lehrmeinungen und Begriffsverwendungen ist es kaum denkbar, daß zwei Bewerter ein gleiches Ergebnis erhalten.

Selbst wenn man von dieser Unterschiedlichkeit absieht, ist noch zu beachten, daß eine Unternehmensbewertung kein "glattes Rechenexempel" darstellt. ²⁾ Auch bei vollständiger theoretischer Einigkeit über einen Bewertungsakt bleibt das Problem der zahlenmäßigen Erfassung. ³⁾ Wenn z.B. die Größe "Ertrag" auf der Grundlage durchschnittlicher persönlicher Einflüsse ermittelt werden soll, kann die außerordentliche Tüchtigkeit eines der Beteiligten doch niemals durch eine Zahl ausgedrückt werden, ohne daß eine andere Zahl mit gleicher Berechtigung einsetzbar wäre. ⁴⁾ Bei der Ermittlung der Größe "Kapitalisierungszinsfuß" ist etwa an die Berücksichtigung der verschiedenen Faktoren hinsichtlich des ziffernmäßigen Abschlages für das allgemeine Unternehmerwagnis zu denken. ⁵⁾ Bei der Substanzwertermittlung ist die ziffernmäßige Erfassung der Abschreibungsbeträge für den Reproduktionskostenaltwert besonders problematisch. ⁶⁾ Angesichts dieser fast beliebig vermehrbaren Beispiele kann man die Unternehmensbewertung als "eine Sache von Temperament und Glauben" ansehen. ⁷⁾

Zwar haben einige Autoren behauptet, daß die von ihnen entwickelten Bewertungsmethoden keine Möglichkeiten zu unterschiedlichen Ergebnissen enthielten. Diese Methoden

1) DB 1959 S.1427.

2) Koehler S.28.

3) Sudhoff NJW 1949 S.88.

4) Vgl. oben S. 26 ff.

5) Vgl. oben S. 51 ff.

6) Vgl. oben S. 68 f.

7) Mellerowicz S.79.

erweisen sich aber entweder als unvereinbar mit den gesetzlichen Vorschriften ¹⁾ oder aber die Unklarheiten werden doch nicht beseitigt. ²⁾

Die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung erbringt beträchtliche Unterschiede im Ergebnis. So wird von einer Bewertung berichtet, bei welcher durch Anwendung von 55 verschiedenen Methoden Ergebnisse zwischen 89 000 DM und 305 201 DM errechnet wurden. ³⁾

Angesichts der nur angedeuteten Vielzahl von Möglichkeiten kann aber selbst diese eklatante Differenz nicht überraschen.

Es erscheint auch nicht verwunderlich, wenn Potthoff-Zintzen ⁴⁾ von einem Rechtsstreit mit einer Dauer von 14 Jahren berichten. Die Unterschiedlichkeit der Ergebnisse fordert zu einem Rechtsstreit geradezu heraus. ⁵⁾

Abgesehen davon, daß solche langwierigen Verfahren auch für den Ausscheidenden höchst nachteilig wirken, ist zu beachten, daß durch den ungeheuren Kosten- und Zeitaufwand sowie durch die erhebliche psychische Belastung der Beteiligten schon manches gutgehende Unternehmen liquidationsreif geworden ist. ⁶⁾ So erbringt die Nichteindeutigkeit neben der ihr ohnehin schon zukommenden Nachteile noch eine Gefährdung des Unternehmens.

Die gesetzliche Regelung ist auch nicht einfach. ⁷⁾ Sowohl die Anwendung der Substanzwertmethode wie der Ertragswertmethode weisen so große Schwierigkeiten auf,

1) So die Methode von Schubert JW 1928 S.595.

2) Vgl. die Methode von Jonas Wpg 1954 S.531.

3) Heins NJW 1948 S.254; Potthoff-Zintzen S.202; Schwarze S.114; zu einem weiteren Fall vgl. FAZ 3.12.1960, bei dem für die Abfindung der Knorr-Aktionäre in fünf Gutachten Abfindungskurse zwischen 560% und 800% errechnet wurden.

4) a.a.O. S.114.

5) Sudhoff S.259; Hueck OHG S.297.

6) Sudhoff S.259.

7) Vgl. oben S.6 f.

daß man ohne einen Sachverständigen nicht auskommt. Dadurch ist eine frühzeitige Berechnung nicht möglich. Außerdem entstehen erhebliche Kosten.¹⁾

Hinsichtlich der steuerlichen Konsequenzen ist eine Beurteilung der gesetzlichen Regelung nicht so ohne weiteres möglich, da, abgesehen von der Abfindung in Höhe des Saldos des Steuerkapitalkontos, die ohne jeden steuerlichen Effekt ist²⁾, den Vorteilen jeweils auch Nachteile gegenüberstehen. Wenn man Vor- und Nachteile aller Beteiligten saldiert, ergibt sich folgendes: Im Falle der Abfindung über dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos steht dem Nachteil eines steuerpflichtigen Veräußerungsgewinnes bei dem Ausscheidenden und dem Nachteil einer erhöhten Vermögenssteuerpflicht der Verbleibenden der Vorteil von erhöhten Abschreibungsmöglichkeiten bei den Verbleibenden gegenüber.³⁾

Für die Einschätzung der Vor- und Nachteile ist zu beachten, daß die Vermögenssteuern und die Abschreibungsmöglichkeiten erst in Zukunft wirken, während die Steuerschuld für den Veräußerungsgewinn sofort entsteht. Außerdem ist es wichtig, daß der Veräußerungsgewinn einem geringeren Steuersatz unterliegt als für die Steuerersparnis durch Abschreibungen zugrunde zu legen ist.⁴⁾ Wegen dieser verschiedenartigen Aspekte sind die Vor- und Nachteile nicht in der Weise vergleichbar, daß man generell sagen könnte, ob ein steuerlicher Effekt überhaupt entsteht und ob dieser Effekt positiv oder negativ ausfällt. Eine Saldierung der Vor- und Nachteile ist nur für den Einzelfall möglich. Es kommt dabei auf den Steuersatz für den Veräußerungsgewinn, auf den Steuersatz, der der Steu-

1) Klein S.68 f.

2) Vgl. oben S.104 u.S.108.

3) Vgl. oben S.104 u.S. 107.

4) Vgl. oben S.105.

erersparnis durch Abschreibungen zugrundeliegt, und auf die Modalitäten der Abschreibung an.

Im Falle der Abfindung unter dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos hat der Ausscheidende den Vorteil eines ausgleichsfähigen Verlustes. Für die Verbleibenden ist eine verminderte Vermögenssteuerpflicht vorteilhaft. Dem steht als Nachteil eine niedrigere Abschreibungsmöglichkeit bei den Verbleibenden gegenüber.¹⁾ Auch hier läßt sich eine allgemeingültige Saldierung der Vor- und Nachteile nicht durchführen, weil man die Umstände des Einzelfalles kennen muß.

Da keine generelle Aussage darüber gemacht werden kann, ob die Abfindung in Höhe des Saldos des steuerlichen Kapitalkontos, die Abfindung über oder die Abfindung unter diesem Saldo die steuerlich günstigsten Konsequenzen zeigt und da weiterhin keine andere Abfindungsregelung denkbar ist, welche generell günstige Konsequenzen aufweist, fällt die Beurteilung der gesetzlichen Regelung hinsichtlich dieses Punktes neutral aus.

Die Beurteilung hinsichtlich aller Anforderungen läßt die gesetzliche Regelung vom Standpunkt der Vertragsschließenden aus unhaltbar erscheinen.²⁾ Da die gesetzliche Regelung aber nicht zwingend ist³⁾, können die gesetzlichen Vorschriften durch vertragliche Regelungen ersetzt werden.

1) Vgl. oben S.105 u.S.107.

2) Fischer Anm.z. BGH LM § 319 BGB Nr.7; Sudhoff S.259; Knöchlein DNotZ 1960 S.463; Lehmann Gesellschaftsrecht S.140; Möhle S.164; Hueck OHG S.297.

3) Schlegelberger-Geßler § 138,26; Hueck OHG S.296.

Z W E I T E R T E I L

Möglichkeiten für vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches und ihre Beurteilung hinsichtlich der Erfüllung der gestellten Anforderungen

E r s t e r A b s c h n i t t

Möglichkeiten für vertragliche Regelungen

Entsprechend dem Untersuchungsgang bei der gesetzlichen Regelung werden zunächst die Regelungen für die Bewertung des Gesellschaftsvermögens bzw. - eine Besonderheit gegenüber der gesetzlichen Regelung - die direkte Bestimmung des Abfindungsanspruches durch besondere Vertragsgestaltungen geprüft (A). Weiterhin werden die Regelungen über den Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen (B) sowie Regelungen über den Zeitpunkt der Auszahlung des Abfindungsanspruches, über seine Verzinsung und über die Pflicht zur Sicherheitsleistung untersucht (C).

A. Die Bewertung des Gesellschaftsvermögens bzw. die direkte Bestimmung des Abfindungsanspruches

Zunächst werden vertragliche Regelungen untersucht, die durch Zugrundelegung der gesetzlichen Regelung geschaffen werden (I). Danach sind vertragliche Regelungen zu prüfen, die ohne Anlehnung an die gesetzliche Regelung getroffen werden (II).

I. Vertragliche Regelungen in Anlehnung an die gesetzliche Regelung.

Die Untersuchung wird für die materiellen Regelungen (1) und die formellen Regelungen (2) getrennt durchgeführt.

1. Materielle Regelungen

Es werden folgende gesetzliche Ermittlungsmethoden als Grundlage vertragliche Regelungen untersucht: Ertragswertmethode (a), Substanzwertmethode (b), Kombinationsmethoden (c), Vergleichswertmethode (d).

a) Ertragswertmethode

Wenn die Ertragswertmethode zugrundegelegt wird, ist zu bestimmen, ob die Formel für die ewige Rente oder die Formel für zeitliche Renten anzuwenden ist. In aller Regel erscheint die Formel für die ewige Rente sachgerechter. ¹⁾ Es muß außerdem ein Verfahren der Ermittlung für die beiden Größen dieser Formel "Ertrag" und "Kapitalisierungszinsfuß" festgelegt werden.

Die in der Literatur ²⁾ vertretenen Vorschläge gehen dahin, für die Größe "Ertrag" von dem Durchschnittsgewinn aus den Steuerbilanzen der letzten 3,5,7 abgeschlossenen Geschäftsjahre auszugehen. Dann sind steuerliche Sonderabschreibungen zu korrigieren. Außerordentliche Erfolge/Verluste, die in Zukunft nicht mehr auf-

1) Vgl. oben S. 20 u. Sudhoff S. 271.

2) Sudhoff S.269; Potthoff-Zintzen S.203 ff.; Schwarze S.24 ff.

treten, sind zu eliminieren. Voraussichtliche Ertragsänderungen sind zu beachten. Die Abschreibungen müssen in sachgerechter Höhe, also unter Berücksichtigung von stillen Reserven und stillen Verlusten angesetzt werden. Zinsen und Unternehmerlohn können in verschiedener Weise beachtet werden. Einmal kann sich eine dafür anzusetzende Gewinnkürzung auf den Unternehmerlohn und effektive Fremdkapitalzinsen erstrecken oder dazu auf kalkulatorische Eigenkapitalzinsen ausgedehnt werden. Neben dem Unternehmerlohn kann auch ein Ansatz in Höhe der kalkulatorischen Fremdkapital- und Eigenkapitalzinsen vereinbart werden. Schließlich ist es noch möglich, gemäß der Steuerbilanz eine Gewinnkürzung nur in Höhe der effektiven Fremdkapitalzinsen zuzulassen, so daß Unternehmerlohn und Eigenkapitalzinsen außer Ansatz bleiben. Der Kapitalisierungszinsfuß wird häufig als feste Größe berücksichtigt. ¹⁾ Diese Regelung ist zwar einfach und eindeutig, läßt aber eine etwaige wirtschaftliche Entwicklung völlig außer acht. ²⁾ Zweckmäßiger sind daher solche Vorschläge, wonach als Grundzinsfuß ein genau bestimmter, aber nicht starrer Zinsfuß zu vereinbaren ist. In Betracht kommen z.B. der Zinsfuß für erststellige Hypotheken eines bestimmten Kreditinstitutes oder die Aktienrendite aus bestimmten der entsprechenden Branche angehörenden Unternehmen. Zu diesem Grundzinsfuß ist ein Risikozuschlag als fester Satz (z.B. 4 %) oder als Prozentsatz des Grundzinsfußes (z.B. 100%) hinzuzurechnen. Die Vereinbarung der Ertragswertmethode kommt in der Praxis kaum vor. ³⁾ Das dürfte einmal daran liegen, daß

1) Schwarze S.32 ff.

2) Lehmann Gesellschaftsrecht S.140.

3) Schwarze vermutet 1936, daß nur 3 - 5 % aller Verträge eine solche Regelung aufweisen. Nach eigenen Erfahrungen dürften diese Zahlen auch heute eher zu hoch als zu niedrig sein. Vgl. auch Potthoff-Zintzen S.203 ff.; Sudhoff NJW 1949 S.89.

diese Methode den Vertragsschließenden und ihren Beratern zu wenig bekannt ist. Außerdem wird die Substanzwertmethode, der die Addition aller Vermögensteile zugrundeliegt, als plastischer empfunden.¹⁾

Schließlich hält man die Ertragswertmethode gegenüber anderen Methoden für sehr unsicher.

Im Ergebnis muß man der ablehnenden Haltung der Praxis folgen. Durch die Vorschläge in der Literatur wird die Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes zwar weitgehend von Unsicherheiten befreit. Die Festlegung der Größe Ertrag wird dagegen durch die Vorschläge nicht entscheidend einfacher und eindeutiger gestaltet. Es genügt nicht, wenn die zu beachtenden Korrekturgrößen benannt werden, da die Bezifferung dieser Größen nicht eindeutig erfolgen kann.

Man könnte an eine Ergänzung der Literaturvorschläge denken, welche eine einfache und eindeutige Regelung bewirken. Es gibt jedoch Korrekturgrößen, die sich jeder eindeutigen Regelung entziehen. So können die persönlichen Einflüsse²⁾ oder voraussichtliche Ertragsänderungen³⁾ auch durch äußerst weitgehende Regelungen im voraus nicht eindeutig bestimmt werden.

Eine eindeutige und dazu einfache Vereinbarung kann dagegen erreicht werden, wenn die Berechnung in diametralem Gegensatz zu der exakten Regelung weitgehend schematisiert wird. Als Größe "Ertrag" ist dann der Durchschnittsgewinn aus näher zu bezeichnenden Bilanzen ohne Beachtung von Korrekturgrößen anzusetzen. Der Kapitalisierungszinsfuß kann gemäß den Literaturvorschlägen bestimmt werden. Diese Regelung läßt aber das Motiv für das Anknüpfen an die gesetzliche Regelung, die Zu-

1) Schwarze S.22 f.; vgl. auch Jonas ZFB 1955 S.271.

2) Vgl. oben S. 26 ff.

3) Vgl. oben S. 46.

grundelegung "wahrer" Werte, völlig außer acht. Es wird nicht mit tatsächlichen, sondern schematisierten Größen gerechnet. Der einzige Vorteil der Ertragswertmethode, ihre theoretische Richtigkeit, geht damit verloren. Eine befriedigende Vereinbarung auf der Grundlage der Ertragswertmethode ist daher nicht möglich. ¹⁾

b) Substanzwertmethode

In der Praxis sind Vereinbarungen gemäß der Substanzwertmethode durchaus vorherrschend. ²⁾ Es ist dabei zu vereinbaren, welche Posten in die aufzustellende Abschichtungsbilanz aufzunehmen sind, welche Werte den Ansätzen zugrundegelegt werden müssen und wie die Ansätze ziffernmäßig ausgefüllt werden können.

Die in Literatur und Praxis anzutreffenden Regelungen geben keine Beschreibung der anzusetzenden Vermögensteile. So findet man keine Vereinbarungen darüber, daß und in welcher Weise betriebsneutrales Vermögen auszuschalten ist.

Als zugrundegelegende Werte werden Tageswert, Zeitwert, Verkehrswert, gemeiner Wert, Tauschwert, Marktwert, Reproduktionskostenwert o.ä. genannt. Häufig beschränkt man sich in der Praxis auf die Angabe eines solchen Wertes. Da die ziffernmäßige Ausfüllung dieser Werte nicht eindeutig ist, bleiben diese Regelungen unsicher. ³⁾

Nur wenige Verträge geben auch Hinweise für die Bezifferung der Ansätze. So kann das Warenlager mit Ein-

1) So auch Knöchlein DNotZ 1960 S.465; Schwarze S.32 f.

2) Schwarze S.65; Sudhoff S.264 f.; vgl. auch RG DR 1942 S.140 und S.2674; Potthoff-Zintzen S.212; Sieben S.58 ff.; Weißler S.160; Kersten-Küntzel S.557; RGRK HGB § 138, 31, die diese Regelung erwähnen.

3) Vgl. dazu Zimmerer ZFB 1961 S.170.

kaufs- bzw. Herstellkosten oder Verkaufswerten, evtl. mit einem Abschlag oder Zuschlag, bewertet werden. Grundstücke können mit den Einheitswerten bzw. mit einem Vielfachen der Einheitswerte angesetzt werden. Für sonstige Vermögensteile kann die Maßgeblichkeit der Buchwerte vereinbart werden. ¹⁾ Vereinbarungen mit diesem Inhalt sind weitgehend eindeutig und einfach, doch wird der ziffernmäßige Ansatz dadurch so weitgehend schematisiert, daß von der eigentlichen Substanzwertmethode außer dem Namen kaum etwas bleibt. Es liegt auf der Hand, daß Einheitswerte und Buchwerte von den "wahren" Werten regelmäßig erheblich abweichen. Auch die Anlehnung an die Substanzwertmethode liefert entweder unsichere oder schematische Lösungen und ist daher nicht zu empfehlen. ²⁾

c) Kombinationsmethoden

Die Berechnung des Unternehmenswertes mit Hilfe einer Methode, die aus den Größen "Ertragswert" bzw. "Ertrag" und "Substanzwert" kombiniert wird, dürfte in der Praxis schon wegen ihrer Unbekanntheit selten sein. ³⁾ Es gibt zwei Möglichkeiten für solche Kombinationsmethoden. Man kann als Ausgangspunkt den Ertragswert wählen, den man auf verschiedene Arten mit Hilfe des Substanzwertes korrigieren kann. ⁴⁾ Möglich ist auch die Zugrundelegung des Substanzwertes, der durch einen Durchschnittsertrag der Vergangenheit korrigiert wird. ⁵⁾ Die Brauchbarkeit der Kombinationsmethoden hängt entscheidend davon ab, ob die in ihr enthaltenen Größen

1) RGRK HGB § 138,31; Sudhoff S.265; Kersten-Küntzel S.557; Sieben S.58 ff.

2) Im Ergebnis so auch Knöchlein DNotZ 1960 S.465.

3) So Schwarze S.39; a.A. Staudinger § 738,22; Hermann S.69 f.

4) Vgl. dazu ausführlich oben S. 58 ff.

5) Potthoff-Zintzen S.213; Sudhoff S.276.

sachgerecht bestimmt werden können. Da Vereinbarungen über Ertrag, Ertragswert und Substanzwert jedoch unsicher oder schematisch sind, erscheinen auch diese Methoden als nicht empfehlenswert. ¹⁾

d) Vergleichswertmethode

Diese Methode kann grundsätzlich zu einem eindeutigen, einfachen und nicht schematisierten Ergebnis führen. Die Anwendbarkeit der Methode ist aber auf wenige Sonderfälle beschränkt. ²⁾

2. Formelle Regelungen

Die gesetzliche Regelung wird auch dann als Grundlage der vertraglichen Regelung beibehalten, wenn an Stelle oder neben den unter 1 beschriebenen materiellen Regelungen formelle Regelungen getroffen werden, indem etwa eine Schiedsgerichtsklausel (a) oder die Einsetzung eines Sachverständigen für die Ermittlung des Wertes (b) vereinbart wird.

a) Schiedsgerichtsklausel

Der Zweck der Schiedsgerichtsklausel besteht darin, einen ordentlichen Rechtsstreit mit seinen erheblichen und im Falle des Ausscheidens sogar gefährlichen Nachteilen zu vermeiden. ³⁾ Die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung findet durch diese Klausel aber nur einen scheinbaren Ausgleich. Die Schiedsgerichtsklausel weist die gleichen Nachteile auf wie ein ordentlicher Rechtsstreit, allerdings in erheblich geringerem Umfang. Auch das Eingreifen der Schiedsgerichts-

1) a.A. Hermann S.69 f.; auch Sudhoff NJW 1949 S.31 hält die Methoden unter bestimmten Voraussetzungen für vernünftig.

2) Gelhausen Wpg 1948 Nr.9 S.5 und oben S. 16 f.

3) Vgl. Staudinger § 738,31; RGRK HGB § 138,31; Möhle S.244 ff.; Sudhoff S.260 f.

klausel verhindert eine frühzeitige Berechnung. Dem eigentlichen Schiedsgerichtsverfahren gehen ja meist langwierige Verhandlungen über die Sache und oft auch über die Besetzung des Schiedsgerichtes voraus. Außerdem verursacht ein Schiedsgerichtsverfahren erhebliche Kosten.

Diese Nachteile der Klausel kann man in Kauf nehmen, wenn ihr Eingreifen nur in Ausnahmefällen zu erwarten ist. Die Unternehmensbewertung wird aber von so vielen Unsicherheiten beherrscht, daß angesichts der meist fehlenden Bereitschaft aller Gesellschafter, im Falle des Ausscheidens nachzugeben, fast immer ein Schiedsgerichtsverfahren notwendig wird. Wenn sich das Eingreifen der Klausel nicht nur auf Ausnahmefälle beschränkt, sind ihre Nachteile zu schwerwiegend. ¹⁾

b) Heranziehung eines Sachverständigen

Es scheint dann zweckmäßiger, die Berechnung des Unternehmenswertes durch einen Sachverständigen zu vereinbaren. Dadurch werden Streitigkeiten zwischen den Parteien meist vermieden. Außerdem kann die Berechnung durch einen Sachverständigen frühzeitiger erfolgen, als wenn nach langwierigen Verhandlungen zwischen den Parteien ein Schiedsgericht angerufen werden muß, das dann erst seinerseits den Unternehmenswert berechnen kann.

Die Möglichkeit, durch die Heranziehung eines Sachverständigen dem Dilemma zwischen zu großer Unsicherheit einerseits und der Schematisierung der Ergebnisse andererseits zu entgehen, wird von mehreren Autoren als sachgerecht anerkannt. ²⁾ Von anderen Autoren wird

1) Vgl. auch Möhle S.245 f.

2) RGRK BGB § 738,6; Fischer Anm.z.BGH LM § 319 BGB Nr.7; Sudhoff S.260 ff., ders. NJW 1949 S.91; RGRK HGB § 138,31.

diese Möglichkeit entschieden abgelehnt. ¹⁾

Für die Beurteilung einer solchen Vereinbarung erscheinen folgende Gesichtspunkte als maßgeblich: Wenn die Berechnung auch frühzeitiger erfolgen kann als bei Eingreifen der Schiedsgerichtsklausel, so liegt das Ergebnis doch nicht so rechtzeitig vor, daß sich die Beteiligten darauf einstellen können. Auch ein annäherungsweise Ergebnis kann von den Gesellschaftern selbst nicht frühzeitig ermittelt werden, da die gesetzliche Regelung dem Bewerter einen zu großen Spielraum gibt. Außerdem besteht eine Hemmung dagegen, eine solch entscheidende Angelegenheit dem Können und der Ehrlichkeit eines Fremden zu überlassen. Es ist auch zu beachten, daß das von einem Sachverständigen festgestellte Ergebnis nicht in jedem Falle verbindlich ist. Gem. § 319 BGB kann das Ergebnis bei "offenbarer Unbilligkeit" durch Urteil festgesetzt werden. Über diese Vorschrift droht also wieder ein langwieriger Rechtsstreit. Die Möglichkeit eines Prozesses ist auch nicht einmal so gering, da es bei der Ungesichertheit der Methoden sogar zweifelhaft sein kann, ob eine "offenbare Unbilligkeit" vorliegt. Diese Zweifel werden von der unzufriedenen Partei in der Regel ausgenutzt. ²⁾

II. Vertragliche Regelungen ohne Anlehnung an die gesetzliche Regelung

Es kommen insbesondere drei Arten von Vertragsgestaltungen in Betracht: die Ausschließung einer Abfindung (1), die Ansetzung eines festen Betrages als Abfindung (2) und vor allem die Abfindung auf der Grund-

1) Schwarze S.23 f.; Potthoff-Zintzen S.203.

2) Schwarze S.23 f.; vgl. Palandt § 319,2.

lage des Buchwertes (3).

1. Ausschließung einer Abfindung

Diese Regelung, wonach eine Abfindung überhaupt nicht gezahlt wird, berücksichtigt in hohem Maße das Interesse an der Erhaltung des gesunden Unternehmens. Sie ist außerdem denkbar einfach und eindeutig. Dagegen wird das Interesse des Ausscheidenden völlig übergangen. Wegen dieser durch nichts zu rechtfertigenden Kompromißlosigkeit ist diese Lösung, welche nach Staudinger ¹⁾ in der Praxis häufig für die Fälle des unfreiwilligen Ausscheidens vereinbart wird, abzulehnen. ²⁾

2. Fester Betrag als Abfindung

Von einigen Autoren wird der Vorschlag erwähnt, daß der Ausscheidende mit einem im voraus festgesetzten Betrag abgefunden wird. ³⁾ Diese Lösung ist zwar einfach und eindeutig; sie kann das Interesse an der Erhaltung des Unternehmens sowie das Interesse des Ausscheidenden an einer gerechten Abfindung wegen ihrer Starrheit jedoch nicht berücksichtigen. Daher ist auch diese Vereinbarung unbrauchbar.

3. Abfindung auf der Grundlage des Buchwertes

In der Praxis hat sich die Abfindung auf der Grundlage des Buchwertes weitgehend durchgesetzt. Diese Lösung wird auch in Literatur und Rechtsprechung einge-

1) Staudinger § 738,17 ff.

2) So auch Knöchlein DNotZ 1960 S.455.

3) BGRK § 138,31; Hueck OHG S.297.

hend behandelt. ¹⁾ Bei einer solchen Regelung sind zunächst drei Fragen zu klären: Es ist festzulegen, aus welcher Bilanz der maßgebliche Buchwert entnommen werden soll (a). Wenn diese Bilanz vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens erstellt worden ist, muß geregelt werden, ob und in welcher Weise Vorgänge zu berücksichtigen sind, welche nach dem Bilanzstichtag, aber vor dem Ausscheidungszeitpunkt erfolgen. Als solche zwischenzeitliche Größen sind Einlagen und Entnahmen sowie das Geschäftsergebnis zu beachten (b). Da die reine Buchwertabfindung die stillen Reserven und den Geschäftswert nicht berücksichtigt, ist noch die Frage zu behandeln, ob und in welcher Weise diese Größen in Ansatz gebracht werden sollen (c). Nach Klärung dieser Fragen sind schließlich Sonderfälle zu untersuchen (d).

a) Die maßgebliche Bilanz

Zunächst ist der maßgebliche Bilanzstichtag zu bestimmen. Als Zeitpunkt für die Erstellung der Bilanz wird der Ausscheidungstermin allgemein abgelehnt. Die Erstellung der Bilanz mitten im Geschäftsjahr würde eine unzumutbare Mehrarbeit verursachen. ²⁾ Außerdem würden in dieser psychologisch gespannten Situation Streitigkeiten provoziert. ³⁾ Andere Vorschläge sehen

1) RGZ 117,238; RG JW 1930 S.3743; RG DR 1942 S.140; RGRK HGB § 138,31 RGRK BGB § 738,6; Staudinger § 738,23; Bach JW 1936 S.3118; vgl. auch Boesebeck S.82 und S.111/113; Sudhoff S.321; Kersten-Küntzel S.557/560; Wurm S.477 § 12, die in ihren Vertragstexten den Buchwert verwenden. Vgl. dagegen Schwarze S.83, der diese Vereinbarung nur in Sonderfällen für üblich hält.

2) Möhle S.164 f.; RGRK HGB § 138,31.

3) Möhle S.164 f.; Potthoff-Zintzen S.216; Düringer-Hachenburg § 138,14.

die ordentliche Bilanz desjenigen Geschäftsjahres vor, in welchem der Gesellschafter ausscheidet. ¹⁾ Es handelt sich dann um eine noch zu erstellende Bilanz. Zu denken ist noch an die Bilanz des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres ²⁾ oder an die letzte von den Gesellschaftern anerkannte Bilanz. ³⁾

Die Bilanz des Ausscheidensjahres erscheint unbrauchbar, weil ein Jahr berücksichtigt wird, das wegen der Belastung durch das Ausscheiden kein normales Ergebnis zeigen dürfte. Außerdem bietet eine Bilanz, die noch erstellt werden muß, Ansatzpunkte zu Streitigkeiten.

Diesen Mangel zeigt die letzte von den Gesellschaftern anerkannte Bilanz nicht. Wenn die Bilanz des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres jedoch noch nicht anerkannt ist und man daher auf die Bilanz eines weiter zurückliegenden Zeitraumes zurückgreifen muß, dann zeigt sich ein anderer Nachteil, der auch diese Regelung als ungeeignet erscheinen läßt: Die Bilanz des weiter zurückliegenden Zeitraumes gibt nicht die heutige Situation des Unternehmens wieder.

Als Kompromißlösung bietet sich die Bilanz des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres an, auch wenn sie noch nicht anerkannt oder nicht einmal vollständig erstellt ist. Diese Bilanz gibt die Situation für einen Zeitpunkt wieder, der nicht zu weit zurückliegt. Die Bilanz ist auch für einen Zeitraum aufgestellt worden, der durch das Ausscheiden des Gesellschafters regelmäßig nicht belastet worden ist. Die Möglichkeit von Streitigkeiten ist zwar nicht auszuschließen, doch ist diese Möglichkeit nicht zu groß, da die Erstellung der Bilanz wohl immer schon vorbereitet ist, so daß die Werte weitgehend feststehen. ⁴⁾ Im Hinblick auf den Ausnahmefall, in dem

1) Hueck OHG S.297; Staudinger § 738,20; Möhle S.164 f.

2) Hueck OHG S.297; Düringer-Hachenburg § 138,14; Schlegelberger-Gesler § 138,26; RGRK HGB § 138,31; Knöchlein DNotZ 1960 S.464; Sieben S.58 ff.

3) Schlegelberger-Gesler § 138,26; Sudhoff S.263.

4) Vgl. aber Sudhoff NJW 1949 S.88.

es trotzdem zu Streitigkeiten kommt, ist die Vereinbarung einer Schiedsgerichtsklausel sinnvoll. ¹⁾

Es ist zweckmäßig, die Maßgeblichkeit der zunächst erstellten Bilanz des letzten Geschäftsjahres auch dann beizubehalten, wenn die Werte durch eine Betriebsprüfung geändert werden. Die nach einer Betriebsprüfung geltende Bilanz bietet zwar den Vorteil, kaum noch Ansatzpunkte für Streitigkeiten zu zeigen. Dem steht aber als überwiegender Nachteil gegenüber, daß der Abfindungsbetrag auf Jahre hinaus nicht genau zu bestimmen ist. ²⁾ Es ist gerecht, wenn dann vereinbart wird, daß eine Steuerschuld des Ausgeschiedenen für Mehrgewinne, die erst durch die Betriebsprüfung festgestellt werden und die bei der Abfindung also nicht berücksichtigt worden sind, von der Gesellschaft beglichen wird. Es gibt zwar einen Grundsatz, nach dem eine Steuerpflicht nur dann eintritt, wenn ein Gewinn auch tatsächlich zugeflossen ist, doch scheint dieser Fall nach Erfahrungen in der Praxis gerade nicht geklärt zu sein.

Weiterhin ist zu regeln, ob der Buchwert aus der Handelsbilanz oder der Steuerbilanz entnommen werden soll. ³⁾ In der Handelsbilanz sind die möglichen Wertansätze nach unten kaum begrenzt. Diese Bilanz läßt daher in hohem Maße stille Reserven zu. Das Interesse des Ausscheidenden wird durch diese Bilanz also wenig beachtet. ⁴⁾

1) RGRK HGB § 138,31.

2) Sudhoff S.263.

3) Bei den meisten OHGen wird nur eine Steuerbilanz errichtet, so daß nachfolgende Ausführungen nur für wenige OHGen relevant sind.

4) Hueck OHG S.297; Sudhoff NJW 1949 S.88; Knöchlein DNotZ 1960 S.464.

Die Steuerbilanzen enthalten zwar auch keine zweckfreien Bewertungen, so daß sie ebenfalls nicht die "wahren" Werte wiedergeben. ¹⁾ Wegen des fiskalischen Interesses an einer hohen Gewinnverwirklichung sind stille Reserven jedoch nur in beschränktem Maße zulässig. ²⁾ Es ist daher gerechter, bei der Abfindung die Steuerbilanz zugrunde zu legen. Potthoff-Zintzen ³⁾ unterscheidet dabei noch zwischen der Ertragssteuerbilanz und der Vermögenssteuerbilanz, welche nach Ansicht dieser Autoren die "wahren" Werte am ehesten wiedergibt.

Nach Ansicht einiger Autoren wirkt die Buchwertabfindung nachteilig auf das betriebspolitische Gebaren der Gesellschafter ein. ⁴⁾ Da die Gesellschafter für den Fall des Ausscheidens nicht an den stillen Reserven beteiligt werden, sollen sie sich nach Ansicht der Autoren einer Ansammlung solcher Reserven widersetzen. Gerade wenn man die Steuerbilanz als Grundlage der Abfindung vereinbart, kann man diese Auffassung leicht widerlegen. Einmal enthält die Steuerbilanz im Verhältnis zur Handelsbilanz nur einen geringeren Teil an stillen Reserven. Wichtiger erscheint es aber noch, daß die in der Steuerbilanz angesammelten stillen Reserven nicht nur einen Nachteil, nämlich für den Fall des Ausscheidens, bedeuten. Diese Reserven bringen daneben den für alle Gesellschafter attraktiven Vorteil der Steuerersparnis. Um die geringe Beachtung des Nachteiles durch die Gesellschafter zu erkennen, ist noch zu bedenken, daß jeder Gesellschafter, abgesehen von Sonderfällen, mit seinem eigenen Verbleiben in der Gesellschaft rechnet.

1) Vgl. z.B. steuerliche Sonderabschreibungen gem. § 7a EStG.

2) Hueck OHG S.297; Sudhoff NJW 1949 S.88; Knöchlein DNotZ 1960 S.464.

3) a.a.O. S.217 ff.

4) Düringer-Hachenburg § 138,14; Knöchlein DNotZ 1960 S.463 f.

b) Einlagen, Entnahmen und Geschäftsergebnis zwischen Bilanzstichtag und Ausscheidenszeitpunkt

Die Einlagen und Entnahmen können ohne Schwierigkeiten durch eine diesbezügliche Fortschreibung der Bilanz berücksichtigt werden. ¹⁾ Da die Nichtbeachtung dieser Posten das Ergebnis erheblich verfälschen kann und da die Beachtung die Einfachheit und Eindeutigkeit der Regelung nicht berührt, erscheint es sachgerecht, die Posten zu berücksichtigen.

Die Beteiligung des Ausscheidenden an einem zwischenzeitlichen positiven oder negativen Geschäftsergebnis wird dagegen aus Gründen der Einfachheit meist ausgeschlossen. ²⁾

Wenn der Ausscheidende aus irgendwelchen Gründen trotzdem an dem Geschäftsergebnis beteiligt werden soll, ³⁾ dann ist die Berücksichtigung der tatsächlichen Größen unzumutbar, weil eine Berechnung notwendig wäre, die mit den Nachteilen der Ertragswertmethode behaftet ist. ⁴⁾ Man geht daher von einem fiktiven Geschäftsergebnis aus, das als Durchschnittsgewinn aus vergangenen Bilanzen ermittelt wird. Der Anteil des Ausscheidenden bestimmt sich einmal nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel. Da es sich um das fiktive Ergebnis eines ganzen Jahres handelt, der Ausscheidende nach dem Bilanzstichtag aber kein volles Jahr Gesellschafter war, richtet sich der Anteil weiter nach dem Zeitraum zwischen Bilanzstichtag und Ausscheidungsstichtag. Wenn die Berücksichtigung des Zeitraumes allein ein falsches Bild ergibt, etwa bei Unternehmen mit starken Saisonschwankungen, stellt man auf den Anteil des Durchschnittsumsatzes vergangener Geschäftsjahre für diesen Zeitraum an dem

1) Schwarze S.83; Knöchlein DNotZ 1960 S.464.

2) Vgl. z.B. Vertragsklausel bei Knöchlein DNotZ 1960 S.464.

3) So Vertragsklausel bei Kersten-Küntzel S.557.

4) Sudhoff S.263.

durchschnittlichen Jahresumsatz vergangener Geschäftsjahre ab. ¹⁾

Sehr einfach und eindeutig ist noch die Möglichkeit, die Nichtbeteiligung am Geschäftsergebnis durch eine Verzinsung des Kapitalanteiles auszugleichen. ²⁾ Diese Lösung ist für den Ausscheidenden auch hinreichend gerecht. Die Interessen der Gesellschaft werden jedoch nicht genügend berücksichtigt, wenn wenig oder überhaupt kein Gewinn erzielt wird oder wenn sogar ein Verlust eingetreten ist.

In der Praxis findet sich häufig die Abmachung, daß der Ausscheidende nicht an einem Gewinn, wohl aber an einem Verlust beteiligt wird. Diese in der Literatur nicht erwähnte Möglichkeit ist nicht unbedingt als Bestrafung des Ausscheidenden aufzufassen. Vielmehr wird die primäre Anforderung, die Berücksichtigung des Interesses an der Erhaltung des Unternehmens, durch diese Regelung auf zweifache Weise erreicht. Einmal bedeutet es für das Unternehmen eine Erleichterung, wenn im Falle des Ausscheidens Gewinne nicht ausgeschüttet und Verluste nicht allein getragen zu werden brauchen. Beachtlicher ist aber noch, daß ein Gesellschafter, der auszuscheiden beabsichtigt, sein Vorhaben möglichst nicht in einer Verlustperiode durchführen wird. Wenn die Hemmung für den Gesellschafter stark genug ist, wird also die zusätzliche Gefährdung, die jeder Ausscheidensfall bedeutet, für das mit Verlust arbeitende Unternehmen verhindert. Das Interesse des Ausscheidenden wird andererseits nicht zu stark vernachlässigt, weil dieser den Zeitpunkt seines Ausscheidens in vielen Fällen wählen kann. Durch diese Regelung wird auch der von Hermann ³⁾

1) Sudhoff S.263; RGRK HGB § 138,31; Düringer-Hachenburg § 138,14; Staudinger § 738,17 ff.; Knöchlein DNotZ 1960 S.463 f.; Potthoff-Zintzen S.216; Schwarze S.83.

2) Sudhoff S.263; Düringer-Hachenburg § 138,14.

3) Hermann a.a.O. S.72 ff.

bemängelte Nachteil der Buchwertabfindung ausgeglichen, der darin bestehen soll, daß die Gesellschafter wegen der frühen Berechenbarkeit den für sie günstigen, für das Unternehmen aber unter Umständen ungünstigen Zeitpunkt ihres Ausscheidens wählen.

c) Stille Reserven und Geschäftswert

Die Beurteilung der Buchwertabfindung hinsichtlich der Nichtberücksichtigung der stillen Reserven und des Geschäftswertes ist in der Literatur nicht einheitlich. Während einige Autoren die Buchwertabfindung als ungerecht ablehnen ¹⁾, halten andere Autoren die Nichtberücksichtigung dieser Größen ganz oder teilweise für sachgerecht.

Eine Gruppe von Autoren will den Geschäftswert und einen Teil der stillen Reserven wegen der mangelnden Realisierbarkeit nicht berücksichtigen. ²⁾ Auf einen Ansatz für beide Werte verzichtet auch Knöchlein mit dem Hinweis darauf, daß eine exakte Ermittlung ohnehin nicht möglich ist. ³⁾

Den Geschäftswert wollen einige Autoren nicht berücksichtigen, da ein solcher Wert regelmäßig nicht gegeben sei. Einen Geschäftswert könne man nur in den seltenen Fällen annehmen, in denen ein Unternehmen eine besonders starke Ertragskraft aufweise. ⁴⁾ Koehler dürf-

1) Bach JW 1936 S.3118; Sudhoff NJW 1949 S.88; Potthoff-Zintzen S.216; Lehmann Gesellschaftsrecht S.140.

2) Sudhoff S.263; Hermann S.72 ff.; Walb ZfHf 1940 S. 1 ff.; Potthoff-Zintzen S.216; vgl. auch oben S.74.

3) Knöchlein DNotZ 1960 S.464.

4) Knöchlein DNotZ 1960 S.465; Godin JW 1936 S.3512.

te nur dann einen Ansatz für den Geschäftswert geben, wenn der Ausscheidende in dem Unternehmen mitgearbeitet hat. ¹⁾

Nach der Ansicht weiterer Autoren soll der Ausscheidende an den stillen Reserven nicht beteiligt werden, weil die Reserven mit dem Willen gebildet worden sind, sie während der Lebensdauer des Unternehmens nicht wieder aufzulösen. ²⁾ Der Wille der Gesellschafter geht dahin, durch Bildung von Reserven einen Schutz für Krisenzeiten zu schaffen und Möglichkeiten für steuersparende Gewinnminderungen zu erhalten. Beide Zielsetzungen werden nicht erreicht, wenn die Reserven ausgeschüttet werden. Möhle weist noch darauf hin, daß die Verbleibenden durch die Nichtberücksichtigung der stillen Reserven für ihre Treue belohnt werden sollen. ³⁾ Außerdem komme die Ausschüttung dem Ausscheidenden ohnehin nicht voll zugute, da er den Mehrwert als Veräußerungsgewinn zu versteuern habe. ⁴⁾

Für die Beurteilung der verschiedenen Ansichten ist zwischen Reserven und Geschäftswert zu unterscheiden. Das Argument der mangelnden Realisierbarkeit in der Zukunft verbietet die Beteiligung des Ausscheidenden an den stillen Reserven nicht. Es kommt allein darauf an, daß die Reserven im Zeitpunkt des Ausscheidens realisiert werden könnten. Wenn die Verbleibenden auf diese mögliche Realisierung verzichten, um die Chance eines Gewinnes in der Zukunft zu behalten, dann müssen sie auch das Unternehmerrisiko tragen, das darin besteht, daß die Reserven sich möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr realisieren lassen.

1) Vgl. die diesbezügliche Ansicht des Autors für die gesetzliche Regelung oben S. 74.

2) Schlegelberger-Geßler § 138, 26; Düringer-Hachenburg § 138, 14; Staub Anh. zu § 141, 13; Sieben S. 58 ff.

3) Möhle S. 165.

4) Möhle S. 168; vgl. auch oben S. 103 ff.

Die fehlende Möglichkeit der exakten Ermittlung könnte dadurch ausgeglichen werden, daß fiktive Größen für die stillen Reserven angesetzt werden. Auch eine Belohnung für die Treue der Verbleibenden vermag die Nichtbeteiligung des Ausscheidenden an den Reserven nicht ausreichend zu begründen. Dem Argument, daß die Beteiligung an den stillen Reserven teilweise durch eine Steuerschuld des Ausscheidenden wirkungslos wird, kann entgegengehalten werden, daß dieser Steuerschuld ein steuerlicher Vorteil bei den Verbleibenden gegenübersteht.¹⁾ Wenn die Verbleibenden aus diesem Grunde die Steuerschuld des Ausscheidenden übernehmen, verbleiben die stillen Reserven dem Ausscheidenden ohne Abzug. Richtig erscheint dagegen die Ansicht, daß die stillen Reserven wegen der von dem Willen aller Gesellschafter getragenen Zwecksetzung nicht berücksichtigt werden dürfen.²⁾ Neben bilanzpolitischen Erwägungen ist für die Bildung stiller Reserven insbesondere der Wunsch maßgebend, Gewinnteile vor der Ausschüttung zu bewahren und auf diese Art Vermögen zu akkumulieren.

Die Vermögensakkumulation kann zur Expansion u./o. zur Erhaltung des Unternehmens erfolgen. Die Erhaltung kann durch einen größeren Vermögensumfang gefördert werden, da Geldgebern höhere Sicherheiten geboten werden können, und da die Liquidität des Unternehmens, insbesondere wenn die Vermögenserhöhung sich auch auf nicht-betriebsnotwendiges Vermögen bezieht, gewahrt werden kann.

Die Erhaltung des Unternehmens kann infolge des Ausscheidens eines Gesellschafters durch Verschlechterung der Ertragslage und Anspannung der Liquidität erheblich gefährdet werden. Bezüglich der Verschlechterung der Ertragslage ist etwa daran zu denken, daß

1) Vgl. oben S.106 f.

2) So auch Schlegelberger-Geßler § 138,26; Düringer-Hachenburg § 138,14; Staub Anh. zu § 141,13; Sieben S.58 ff.

der ausgeschiedene Gesellschafter dem Unternehmen bisher als qualifizierter Mitarbeiter zur Verfügung gestanden hat, daß er andere Mitarbeiter veranlassen konnte, mit ihm das Unternehmen zu verlassen, daß die verbleibenden Mitglieder der Geschäftsführung durch den Ausscheidensfall von der vollen Erfüllung ihrer dispositiven Aufgaben abgehalten werden, oder daß die Geldgeber härtere Konditionen durchsetzen können, weil die Kreditwürdigkeit hauptsächlich dem Ausgeschiedenen zu verdanken ist. - Die Liquidität kann sich verschlechtern, wenn sich die Geldgeber auf Grund der verschlechterten Ertragslage weigern, neue Kredite zu gewähren, oder wenn dem Ausgeschiedenen ein höherer Abfindungsbetrag sofort oder kurzfristig auszuzahlen ist.

Die Gefährlichkeit einer verschlechterten Ertragslage oder einer angespannten Liquidität kann durch das Vorhandensein stiller Reserven gemildert oder sogar beseitigt werden. Verluste, die auf Grund der verschlechterten Ertragslage eintreten, können durch Auflösung stiller Reserven bilanzmäßig kompensiert werden. Die angespannte Liquidität kann durch Veräußerung nichtbetriebsnotwendiger Vermögensteile oder durch Verpfändung betriebsnotwendiger Vermögensteile zur Beschaffung von Fremdkapital beseitigt werden.

Weil die stillen Reserven bei der Berechnung des Abfindungsguthabens nicht berücksichtigt werden dürfen, sind auch solche Regelungen abzulehnen, welche grundsätzlich den Buchwert annehmen, bei bestimmten Positionen die stillen Reserven aber durch Ansetzung der "wahren" Werte auflösen wollen. ¹⁾ Auch die Buchwertabfindung in Verbindung mit Bilanzierungsvorschriften, welche die Bildung stiller Reserven verhindern sollen, erscheint nicht empfehlenswert. ²⁾ Es entspricht gerade

1) Wie hier auch Sudhoff S.277; vgl. auch Schwarze S.83.

2) Potthoff-Zintzen S.216; bezüglich solcher Bilanzierungsvorschriften vgl. die besonderen Vorschläge von Beste ZfhF 1924 S.110, die von Schwarze S.88 aus anderen Gründen berechtigt abgelehnt werden.

einem betriebspolitisch gesunden Gebaren, wenn stille Reserven gebildet werden. Zwar könnte die Stabilität des Unternehmens auch durch die Nichtausschüttung ausgewiesener Gewinne erreicht werden; es zeigt sich aber in der Praxis die Tendenz, ausgewiesene Gewinne auch auszuschütten. Außerdem erbringen stille Reserven den Vorteil einer Steuerersparnis.

Es erscheint dagegen angemessen, wenn der Ausscheidende an dem Geschäftswert beteiligt wird. Die Ausschüttung dieses Wertes verbietet sich nicht durch eine entgegenstehende Zwecksetzung wie bei den stillen Reserven.

Koehlers Meinung, daß nur demjenigen Ausscheidenden ein Anteil am Geschäftswert zu gewähren ist, der im Unternehmen mitgearbeitet hat, ist nicht haltbar. ¹⁾ - Die möglicherweise mangelnde Realisierbarkeit in der Zukunft ist auch hier kein Grund für die Einbehaltung. - Auch die Unmöglichkeit, den Geschäftswert exakt zu berechnen ²⁾, verbietet nur die Berücksichtigung des Geschäftswertes in seiner tatsächlichen Höhe. Für Vereinbarungen, welche den Geschäftswert berücksichtigen, ohne eine exakte Berechnung vorzunehmen, bieten sich verschiedene Möglichkeiten. ³⁾

Eine Vereinbarung, welche den Geschäftswert durch einen Zuschlag zu dem Buchwert in Höhe eines im Gesell-

1) Vgl. oben S. 74.

2) Vgl. oben S. 76 ff.

3) Die in der Literatur erwähnten Möglichkeiten berücksichtigen z.T. neben dem Geschäftswert die stillen Reserven und können daher hinsichtlich des Ausmaßes der Zuschläge nicht unbedenken für den Fall der Berücksichtigung nur des Geschäftswertes verwendet werden.

schaftsvertrage festgesetzten Betrages berücksichtigt, ist als zu schematisch abzulehnen. ¹⁾ Wenn der Zuschlag durch einen bestimmten Prozentsatz des Buchwertes ausgedrückt wird ²⁾, dann bedeutet das demgegenüber schon eine Verfeinerung. Die primäre Abhängigkeit des Geschäftswertes von der Erwartung zukünftiger Erträge ³⁾ wird aber nicht beachtet.

Es wird daher vorgeschlagen, den Ausscheidenden am zukünftigen Gewinn oder Umsatz zu beteiligen. ⁴⁾ Diese Art der Berücksichtigung des Geschäftswertes erscheint jedoch unzweckmäßig, da man dem Ausscheidenden ein Kontrollrecht einräumen muß, wenn man ihn nicht in unzumutbarer Weise der Gefahr einer Übervorteilung durch die verbleibenden Gesellschafter aussetzen will. Die Vereinbarung eines Kontrollrechtes ist aber nicht ratsam, weil meist die Gefahr des Mißbrauches besteht. Das gilt vor allem dann, wenn der Ausgeschiedene in einem Konkurrenzunternehmen tätig ist. Ein weiterer Nachteil besteht darin, daß die Ausübung eines Kontrollrechtes Ansatzpunkte zu Streitigkeiten bietet. Dieser Gesichtspunkt ist bedeutungsvoll, weil einem Ausscheidensfall fast immer persönliche Meinungsverschiedenheiten zugrundeliegen. Auch die Übertragung der Ausübung des Kontrollrechtes auf einen Dritten, etwa einen vom Ausscheidenden zu benennenden Rechtsanwalt, Steuerberater o.ä. kann die Bedenken nicht ausräumen, da sich eine

1) Diese Regelung wird von Potthoff-Zintzen S.220; Hueck OHG S.297; RGRK HGB § 138,31 erwähnt und von Hermann S.72 ff. für krisenfeste Unternehmen für anwendbar gehalten.

2) Vgl. Sieben S.58 ff.

3) Vgl. BGH BB 1962 S.155.

4) RGRK HGB § 138,31; Staub Anh. zu § 141,13; Wurm S.477; Hermann S.72 ff.

persönliche Animosität auch auf die Beauftragten des Gegners auszudehnen pflegt. ¹⁾

Empfehlenswert erscheint eine von Kersten-Küntzel vorgeschlagene Klausel. ²⁾ Danach wird ein Zuschlag bzw. Abschlag für den Buchwert berechnet, wenn der sich aus mehreren Steuerbilanzen der Vergangenheit ergebende Durchschnittsgewinn den "Normalgewinn" übersteigt bzw. unterschreitet. Dieser "Normalgewinn" wird durch einen festen Prozentsatz des Buchwertes ausgedrückt. Die Höhe der Zu- und Abschläge richtet sich nach dem Ausmaß der Differenz zwischen Durchschnittsgewinn und "Normalgewinn". ³⁾

Auch durch diese Regelung kann der Geschäftswert nicht einmal annähernd genau bestimmt werden. Die Bemessung des Zuschlages erfolgt aber nicht willkürlich. Die Höhe des Geschäftswertes richtet sich nach den Ertrags-erwartungen ⁴⁾, die wiederum von den durch diese Klausel berücksichtigten Vergangenheitsgewinnen beeinflußt werden.

Man kann die Klausel noch dadurch verfeinern, daß man an Stelle des starren Prozentsatzes, der den "Normalgewinn" bestimmt, einen veränderlichen Satz vereinbart. Zu denken ist etwa an das 1,5-fache der Aktienrendite

1) Vgl. Potthoff-Zintzen S.234; Schwarze S.152.

2) Kersten-Küntzel S.558; vgl. auch Hermann S.72 ff.; Potthoff-Zintzen S.220; Schwarze S.100; Staub Anh. z. § 141,13; Knöchlein DNotZ 1960 S.464; Sudhoff S.267, ders. NJW 1949 S.90.

3) Die Formulierung der Klausel lautet: "In allen Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters erhält der Ausscheidende nur den Nennbetrag seines Kapitalkontos sowie einen Zuschlag für den Fall, daß das Durchschnittsergebnis der letzten 5 Jahre über 8% Reingewinn ergibt. Liegt dieser unter 8%, erhält er sein Kapital mit einem Abschlage nach folgender Tabelle. Der Ausscheidende erhält bei einem Durchschnittsgewinn von

3 %	eine Abfindung	von 50%	seines Kapitalkontos		
4 %	"	"	von 52%	"	"

13 %	"	"	von 160%	"	"
------	---	---	----------	---	---

4) BGH BB 1962 S.155.

bestimmter artverwandter Unternehmen. Auf diese Weise wird der Tatsache Rechnung getragen, daß sich der jeweilige "Normalgewinn" nach der wirtschaftlichen Situation richtet und nicht für alle Zeiten in gleicher Höhe feststeht. Zur Vermeidung extremer Ergebnisse kann man den Abfindungsbetrag nach oben und unten begrenzen etwa durch das 2-fache bzw. 1/2-fache des Buchwertes. ¹⁾

Diese Bestimmung des Abfindungsbetrages durch den Buchwert mit einem Zuschlag (Abschlag) für einen positiven (negativen) Geschäftswert hat den großen Vorteil der Einfachheit und Eindeutigkeit für sich. ²⁾ Die Lösung berücksichtigt auch das Interesse an der Erhaltung eines gesunden Unternehmens durch die Einbehaltung der Reserven. Positiv kann dabei die Vereinbarung wirken, daß der Ausscheidende nicht am Gewinn, wohl aber am Verlust bis zum Ausscheidensstichtag teilnimmt. Diese Vorzüge werden dabei nicht dadurch erkaufte, daß die Interessen des Ausscheidenden in unzumutbarer Weise mißachtet werden. Immerhin erhält der Ausscheidende ein Entgelt für den Geschäftswert, das nicht willkürlich festgesetzt ist. ³⁾

d) Sonderfälle

In Sonderfällen kann eine Lösung angebracht sein, die sich nicht nach dem Unternehmenswert richtet. Es kann etwa bezweckt sein, den ausscheidenden Seniorchef mit der Abfindung für seine lange Zugehörigkeit zur Gesellschaft zu belohnen und ihn, evtl. nach seinem Tode noch seine Witwe, wirtschaftlich zu sichern.

1) Sudhoff S.277; Schwarze S.100.

2) Sudhoff S.277.

3) Knöchlein DNotZ 1960 S.464.

Die Abfindung wird dann nach den Bedürfnissen und Verdiensten des Ausscheidenden sowie nach den finanziellen Möglichkeiten der Verbleibenden bemessen und regelmäßig als Rente ausgezahlt. ¹⁾

In der Praxis finden sich häufig Vereinbarungen, nach denen die Abfindung für die verschiedenen Ausscheidensfälle unterschiedlich geregelt ist. ²⁾ Dabei werden die Regelungen für die Fälle des unfreiwilligen Ausscheidens für den Ausscheidenden nachteiliger gestaltet. Wenn man eine Bestrafung des Ausscheidenden bezweckt, kann eine unterschiedliche Regelung sinnvoll erscheinen. Die verschiedenen Regelungen müssen aber sämtlich einfach und eindeutig sein.

In Sonderfällen kann es auch zweckmäßig sein, die Abfindung für die verschiedenen Gesellschafter unterschiedlich zu regeln. Der Altgesellschafter kann daran interessiert sein, einen unentgeltlich als Gesellschafter aufgenommenen Sohn oder Angestellten gegen eine geringe Abfindung aus der Gesellschaft zu entfernen, wenn sich der Junggesellschafter nicht bewährt. Demgegenüber wird der Altgesellschafter sein eigenes Ausscheiden an eine besonders hohe Abfindung knüpfen. Auch hier ist auf eine einfache, eindeutige Lösung zu achten. ³⁾

1) RGRK § 138,31; Hermann S.81 ff.; Sudhoff S.280; Potthoff-Zintzen S.220; Schwarze S.105; Staudinger § 738,23.

2) Sudhoff S.263.

3) Sudhoff S.263.

E. Der Anteil des Ausscheidenden an dem Gesellschafts-
vermögen

Wenn Vereinbarungen getroffen werden, welche nicht unmittelbar den Abfindungsbetrag bestimmen ¹⁾, sondern nur die Bestimmung des Gesellschaftsvermögens regeln ²⁾, dann ist noch festzulegen, in welcher Höhe der Ausscheidende an dem Mehrwert ³⁾ des Gesellschaftsvermögens gegenüber dem Saldo der Kapitalkonten zu beteiligen ist.

Zunächst werden die beiden Verteilungsmaßstäbe auf ihre Eignung für die vertragliche Regelung geprüft, deren Maßgeblichkeit für die gesetzliche Regelung vertreten wird (I). Danach sind weitere Maßstäbe zu untersuchen, die nur als vertragliche Regelung in Betracht kommen (II u. III).

I. Verteilung nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel
und dem Verhältnis der Kapitalanteile

Nach h.M. ist der Mehrwert gemäß dem Ergebnisverteilungsschlüssel zu verteilen, wenn keine andere Regelung getroffen wird. ⁴⁾ Diese gesetzliche Regelung erscheint auch als Grundlage für eine vertragliche Regelung schon deswegen als zweckmäßig, weil der zu verteilende Mehrwert gewinnähnlichen Charakter zeigt. ⁵⁾ Wenn

-
- 1) Eine unmittelbare Bestimmung des Abfindungsbetrages erfolgt bei allen Abfindungsarten, die sich nicht an die gesetzliche Regelung anlehnen (vgl. oben S. 125 ff.), also auch bei der wichtigen Buchwertabfindung (vgl. oben S. 126 ff.).
 - 2) So die Abfindungsarten, die sich an die gesetzliche Regelung anlehnen (vgl. oben S. 118 ff.).
 - 3) In Ausnahmefällen kann es sich um einen Mindervwert handeln (stille Unterbilanz und/oder negativer Geschäftswert).
 - 4) Vgl. die S. 82 Fußn. 1 genannten Fundstellen.
 - 5) Vgl. oben S. 88 u. S. 89 f.

der Ergebnisverteilungsschlüssel der Bilanz des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres zugrundegelegt wird, dann ist diese Regelung auch einfach und eindeutig. ¹⁾

Nach Schwarze kann man die Verteilung des Mehrwertes entsprechend dem Verhältnis der Kapitalanteile jedoch für empfehlenswerter halten, weil die Gesellschafter ihre Kapitalkonten im Hinblick auf ihr mögliches Ausscheiden hoch halten werden und damit die Stabilität des Unternehmens fördern. ²⁾ Dieses Argument darf nicht überschätzt werden. Erfahrungsgemäß arbeiten die Gesellschafter ohne Vorliegen eines besonderen Grundes nicht auf ihr Ausscheiden, sondern auf die Schaffung eines starken Unternehmens hin. Unabhängig von der Art der Verteilung des Mehrwertes werden die Gesellschafter also bestrebt sein, möglichst viel Kapital für das Unternehmen anzusammeln. Häufig werden die Gesellschafter dabei auch gerade ein Anwachsen des eigenen Kapitalkontos fördern, um über die Erlangung eines für sie günstigen Verhältnisses der Kapitalanteile zu versuchen, einen günstigeren Ergebnisverteilungsschlüssel durchzusetzen. Meist reagieren die Mitgesellschafter auf einen solchen Versuch, indem sie auch ihre eigenen Kapitalkonten anwachsen lassen.

Die Verteilung nach Kapitalanteilen erscheint auch nicht etwa deswegen zweckmäßiger, weil der Mehrwert durch die Leistungen der Gesellschafter geschaffen wird ³⁾ und weil die Kapitalanteile die Kapitaleistung wiedergeben. Einmal lassen die sich andauernd ändernden Kapitalanteile nur die am Bilanzstichtag geltende Kapital-

1) Hueck OHG S.294; Sudhoff S.255; vgl. noch Schwarze S.51, nach dem diese Regelung in der Praxis am häufigsten zu finden ist.

2) Schwarze S.58.

3) Potthoff-Zintzen S.229 f.; Schubert JW 1925 S.598 f.

leistung ersehen, während die Leistung im Zeitpunkt der Entstehung des Mehrwertes maßgeblich ist. ¹⁾ Vor allem aber drücken die Kapitalanteile lediglich die Kapitalleistung aus. Der Mehrwert wird aber durch die Gesamtleistung der Gesellschafter verursacht. Die gerade bei einer Personengesellschaft wichtigen Einflüsse der Arbeitsleistung und der Haftungsleistung werden nicht beachtet.

Der Ergebnisverteilungsschlüssel wird regelmäßig entsprechend den von den einzelnen Gesellschaftern erwarteten Leistungen festgesetzt. Zwar paßt sich der Ergebnisverteilungsschlüssel nicht automatisch den von der Erwartung tatsächlich abweichenden Leistungen an, doch wird der Schlüssel bei einer krassen Diskrepanz entsprechend der im neuen Zeitpunkt geltenden Leistungserwartung umgewandelt. Auch unter dem Gesichtspunkt der Verursachung des Mehrwertes durch die Gesellschafterleistungen erscheint die Verteilung nach dem Ergebnisverteilungsschlüssel daher zweckmäßig.

Bei kapitalintensiven Unternehmen halten einige Autoren die Verteilung nach Kapitalanteilen für zweckmäßiger, wenn der Ergebnisverteilungsschlüssel den Vorrang der Kapitaleistung nicht berücksichtigt. ²⁾ Dieser Meinung ist grundsätzlich zuzustimmen. Es ist dann aber zu prüfen, ob nicht der Ergebnisverteilungsschlüssel entsprechend dem Gewicht der Leistungen umgeformt werden soll.

Ein weiterer Sonderfall ist dann gegeben, wenn die besonderen Leistungen eines Gesellschafters, meist die Arbeitsleistungen, nicht durch einen für ihn günstigen Ergebnisverteilungsschlüssel honoriert werden sollen,

1) Schwarze S.54.

2) Schwarze S.57 f.; Potthoff-Zintzen S.229 f.

sondern durch andere Vorteile wie Tantieme, Vorwegvergütung und dgl. Den sachgerechten Verteilungsmaßstab findet man dann, indem man die Gewinne und sonstigen Vorteile, welche die einzelnen Gesellschafter in den letzten 3 oder 5 Jahren bezogen haben, für jeden Gesellschafter getrennt addiert und die Summen in Beziehung zueinander setzt. ¹⁾

II. Verteilung nach der Kapitalleistung und nach der Arbeitsleistung der Gesellschafter

Neben der Verteilung nach Kapitalanteilen oder dem Ergebnisverteilungsschlüssel ist die Methode von Schubert zu beachten. ²⁾ Dieser Autor geht ebenfalls richtig davon aus, daß der Mehrwert in erster Linie von den Gesamtleistungen der Gesellschafter abhängig ist. Er stellt aber nicht auf das Kapitalverhältnis oder den Ergebnisverteilungsschlüssel ab, welche die Leistungen nur unvollständig oder indirekt wiedergeben, sondern er versucht, den Verteilungsmaßstab von der Arbeits- und Kapitalleistung unmittelbar abhängig zu machen.

An dieser Lösung ist zu bemängeln, daß auch hier nicht sämtliche Gesellschafterleistungen beachtet werden. Neben der Kapital- und Arbeitsleistung beeinflusst auch die Haftungsleistung die Höhe des Mehrwertes. Bei einer geringeren Haftungsleistung vermindern sich die Möglichkeiten einer Finanzierung mit Fremdkapital. Trotzdem wäre die Lösung zumindest diskussionswürdig, wenn Schubert die ziffernmäßige Bewertung der Gesellschafterleistungen nicht in einem komplizierten und willkür-

1) Schwarze S.58; Potthoff-Zintzen S.230.

2) Schubert JW 1925 S.598 f.; wenn Schubert nach seinen Ausführungen auch nur die Verteilung des Geschäftswertes regeln will, so kann die Lösung sinngemäß doch auch für den durch stille Reserven gebildeten Mehrwert gelten.

lichen Rechenverfahren feststellte. Die Lösung wird daher in der Literatur mit Recht abgelehnt. ¹⁾

Der richtige Ausgangspunkt von Schubert kann auch nicht als Grundlage für eine andere sachgerechtere Vertragsgestaltung verwendet werden. Die Gesellschafterleistungen lassen sich nicht exakt berechnen. Am ehesten werden die Leistungen noch durch den Ergebnisverteilungsschlüssel wiedergegeben.

III. Verteilung nach Köpfen

In der Literatur wird noch eine Vereinbarung erwähnt, wonach jedem Gesellschafter ein gleicher Anteil an dem Mehrwert zusteht. ²⁾ Da die Leistungen der einzelnen Gesellschafter regelmäßig unterschiedlich zu bewerten sind, ist diese Lösung als willkürlich abzulehnen. ³⁾

C. Zeitpunkt der Auszahlung des Abfindungsanspruches, seine Verzinsung und die Pflicht zur Sicherheitsleistung

I. Auszahlung und Verzinsung

Zunächst wird auf die überragende Bedeutung dieses Vertragspunktes und die Schwierigkeiten seiner Formulierung hingewiesen (1). Danach werden die einzelnen Möglichkeiten für vertragliche Regelungen untersucht(2).

1. Die überragende Bedeutung und die Schwierigkeit der Formulierung dieses Vertragspunktes

Die Qualität der Vereinbarung über den Auszahlungszeitpunkt entscheidet in besonderem Maße darüber, ob

1) Knöchlein DNotZ 1960 S.462.

2) Schwarze S.58; Potthoff-Zintzen S.230.

3) Ebenda.

das Unternehmen weiterbestehen kann. ¹⁾ Auch eine hohe Abfindungssumme wirkt nicht gefährdend, wenn die Auszahlungsfristen nur genügend gestreckt werden. Andererseits kann die sofortige Auszahlung eines relativ kleinen Betrages über die Kräfte des Unternehmens gehen.

Dabei ist es gerade bei dieser Vereinbarung schwierig, eine geeignete Formulierung zu finden. Von den Faktoren, welche die frühere oder spätere Auszahlung für die Erhaltung des Unternehmens angebracht erscheinen lassen, ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bekannt, ob sie im Zeitpunkt des Ausscheidens gegeben sind. Als solche Faktoren kommen in Betracht die Relation der Abfindungssumme zum Unternehmenskapital, das Ausscheiden mehrerer Gesellschafter kurzfristig hintereinander, die Liquidität der Gesellschaft, die Kreditbereitschaft des Geld- und Kapitalmarktes. ²⁾ Andererseits kann die Erhaltung des Unternehmens nicht durch eine hemmungslose Ausdehnung der Zahlungsfristen gesichert werden, da das Interesse des Ausscheidenden an einer baldigen Auszahlung zu beachten ist. ³⁾

2. Möglichkeiten

Die vertraglichen Möglichkeiten werden nach der Lage der Auszahlungszeitpunkte unterteilt. Zunächst wird die sofortige oder kurzfristige Auszahlung untersucht (a). Es folgt die Prüfung der allmählichen Auszahlung (b) und der späteren Auszahlung (c). Schließlich sind noch Ergänzungsvereinbarungen für die allmähliche und die spätere Auszahlung zu beachten (d).

1) Vgl. Hueck OHG S.296; Potthoff-Zintzen S.233; Knöchlein DNotZ 1960 S.467; Sudhoff S.284.

2) Schwarze S.127; Sudhoff S.284; Knöchlein DNotZ 1960 S.467.

3) Schwarze S.128; Sudhoff S.284; Hueck OHG S.296; Potthoff-Zintzen S.233.

a) Die sofortige oder kurzfristige Auszahlung

Die sofortige oder kurzfristige Auszahlung des Gesamtbetrages darf nur in Sonderfällen vereinbart werden. Wenn Teilbeträge sofort oder kurzfristig ausbezahlt werden sollen, dann kann ihre Höhe durch eine bestimmte Summe oder durch einen Prozentsatz des nominalen oder effektiven Unternehmenskapitals angegeben werden. ¹⁾

Diese Auszahlung eines Teilbetrages kann zweckmäßig sein, weil man dem Interesse des Ausscheidenden nach einigem Kapital nachkommen kann, ohne das Unternehmen zu gefährden. Eine sofortige Auszahlung ist unbedingt angebracht in Höhe der Steuern, die für den Ausscheidenden im Zusammenhang mit dem Ausscheiden entstehen, ²⁾ da die Fälligkeit der Steuern unabhängig von der Fälligkeit des Abfindungsanspruches sofort eintritt. ³⁾

b) Die allmähliche Auszahlung

Es bestehen die Möglichkeiten der Ratenzahlungen (aa) und der Rentenzahlungen (bb).

aa) Ratenzahlung

Am häufigsten wird die Umwandlung der Abfindungsschuld in ein in Raten rückzahlbares Darlehen bzw. eine darlehnsähnliche Stundung des Abfindungsanspruches

1) Schwarze S.128; Sudhoff S.284.

2) Vgl. oben S. 103 ff.

3) Knöchlein DNotZ 1960 S.467; Krah BB 1961 S.1371
Beispiele 2 ff.

ches mit einer Auszahlung in Raten vereinbar. ¹⁾

Dann ist die Dauer der Rückzahlung zu bestimmen, die im allgemeinen auf 2 - 10 Jahre festgesetzt wird. ²⁾

Eine noch weitere Streckung der Auszahlungen ist für den Ausscheidenden unzumutbar, weil die wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit des ihm zustehenden Kapitals dann kaum noch gegeben ist. ³⁾ - Weiter ist zu klären, wann die erste Rate fällig sein soll und zu welchen Terminen die Fälligkeit der weiteren Raten eintritt. Für die Raten können gleichbleibende, steigende oder fallende Beträge angesetzt werden.

Wichtig ist eine Abmachung darüber, ob und in welcher Höhe Zinsen gezahlt werden sollen. Da ein Kaufmann sein Kapital grundsätzlich nicht unentgeltlich zur Verfügung stellt ⁴⁾, ist die Verzinsung des Anspruches sachgerecht. Für die Höhe des Zinsfußes ist eine variable Gestaltung, die den Zinsfuß der wirtschaftlichen Entwicklung anpaßt, besser als eine starre Bestimmung. ⁵⁾

In Betracht kommt eine Regelung, die den Zinsfuß in einer bestimmten Relation zum jeweiligen Bundesbank-Diskontsatz oder zum jeweiligen Zinsfuß für erststelligen Hypotheken bei einem bestimmten Kreditinstitut festsetzt. Zweckmäßigerweise vereinbart man für den Zinsfuß dann eine Höchst- und eine Mindestgrenze. Außer der Höhe der Zinsen ist zu bestimmen, von welchem Zeitpunkt an der Anspruch zu verzinsen ist und welche Zinstermine gelten sollen.

Die Auszahlung kann auch in der Weise vereinbart werden, daß für Zinsen und Tilgung zusammen jährlich der gleiche Betrag, die sog. Annuität, zu zahlen ist. Die

1) Sudhoff S.287; Schwarze S.144; vgl. auch Düringer-Hachenburg § 138,14b; für die steuerlichen Folgen vgl. Krah BB 1961 S.137o Beispiele 2 ff.

2) Sudhoff S.287; Schwarze S.144; Potthoff-Zintzen S.234; vgl. dagegen Möhle S.167, der eine Rückzahlungsdauer bis zu 15 Jahren für üblich hält.

3) Schwarze S.144.

4) RGRK HGB § 138,37.

5) Schwarze S.148 f.; vgl. auch Sudhoff S.286; Potthoff-Zintzen S.235; Knöchlein DNotZ 1960 S.468.

infolge der laufenden Rückzahlung eintretende Verminderung der Zinsen wird dabei durch eine Erhöhung der Tilgung ausgeglichen. Eine solche Regelung ist insofern zweckmäßig, als jährlich ein gleichbleibender Betrag aufzuwenden ist.

Bei Vereinbarung der Buchwertabfindung halten es einige Autoren für zweckmäßig, einen bei der Abfindung für den Geschäftswert oder die stillen Reserven angesetzten Mehrbetrag nicht als Zuschlag zu dem Buchwert in der Form von Raten auszuzahlen. Der Mehrbetrag soll vielmehr verrentet und zusammen mit den Zinsen als "Aufzins" ausgezahlt werden. ¹⁾

Diese Regelung wird wegen ihrer steuersparenden Wirkung vorgeschlagen. Für den Ausscheidenden entsteht kein Veräußerungsgewinn (§ 34 EStG), da die Abfindungssumme, der Buchwert, dem Saldo des steuerlichen Kapitalkontos entspricht. ²⁾ Da der Saldo des steuerlichen Kapitalkontos zugrundegelegt worden ist, ist auch kein Mehrbetrag zu aktivieren, so daß bei den Verbleibenden keine erhöhte Vermögenssteuer anfällt. ³⁾ Schließlich ist der "Aufzins" wie die übrigen Zinsen als gewinnmindernder Kapitalkostenteil anzusehen. ⁴⁾

Die Autoren berücksichtigen jedoch nicht, daß sich die Aktivierung des Mehrbetrages in steuerlicher Hinsicht nicht nur nachteilig auswirkt. Soweit der Mehrbetrag auf stillen Reserven beruht, erhöhen sich die steuersparenden Abschreibungen. ⁵⁾ Inwieweit der in dem Verlust der Möglichkeit steuersparender Abschreibungen bestehende Nachteil des Vorschlages durch die Vorteile kompensiert wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

1) Sudhoff S.279; vgl. auch Schwarze S.109; Staub Anh. z. § 141,13.

2) Vgl. oben S. 104.

3) Vgl. oben S. 107

4) Sudhoff S.285.

5) Vgl. oben S. 106 f.

Außerdem ist zu beachten, daß der Fiskus den "Aufzins" nur bis zu einer gewissen Höhe als Kapitalkostenteil anerkennt.

Aus diesen Gründen erscheint eine Modifizierung des Vorschlages zweckmäßig. Nur derjenige Mehrbetrag, der den Geschäftswert ausdrückt, wird als "Aufzins" ausgezahlt, während der Mehrbetrag aus den stillen Reserven als Zuschlag zu dem Buchwert ausgezahlt wird und daher aktiviert werden muß. Mit dieser Modifizierung verliert man nicht den Vorteil erhöhter Abschreibungen - der Geschäftswert kann in aller Regel ja nicht abgeschrieben werden - und vermindert den "Aufzins" gleichzeitig auf einen Betrag, der vom Fiskus eher anerkannt wird.

Man kann als Zusatz noch vereinbaren, daß von dieser Grundregelung abzugehen ist, soweit die steuerlichen Möglichkeiten wegen der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles durch eine Abänderung der Grundregelung besser ausgenutzt werden können. Soweit durch die Abänderung für einen Teil ein steuerlicher Nachteil eintritt, ist er von dem anderen Teil, der ja einen überwiegenden steuerlichen Vorteil erhält, zu entschädigen.

bb) Rentenzahlung

Gegenüber der Auszahlung in Raten bedeutet eine Rentenzahlung grundsätzlich keine Besonderheit, wenn es sich um eine Veräußerungsrente und nicht um eine Versorgungsrente handelt.¹⁾ Während die Veräußerungsrente in erster Linie als Entgelt für die Überlassung der Gesellschaftsanteile vereinbart wird und sich in

1) Bezüglich der Auszahlung in Rentenform vgl. Knöchlein DNotZ 1960 S.468; Sudhoff S.287 f.; Potthoff-Zintzen S.234; Schwarze S.152 f.

ihrer Höhe nach dem Unternehmenswert richtet, soll die Versorgungsrente, welche nach den Bedürfnissen und Verdiensten des Ausscheidenden sowie den finanziellen Möglichkeiten der Verbleibenden bemessen wird, in erster Linie die wirtschaftliche Sicherstellung des Ausscheidenden und seiner Angehörigen bewirken.¹⁾ Da beide Rentenarten sowohl ein Entgelt darstellen als auch die wirtschaftliche Sicherstellung bezwecken sollen, ist es im Einzelfall schwer, die primäre Zielsetzung zu erkennen.²⁾

Die Unterscheidung zwischen beiden Rentenarten hat vor allem für den Ausscheidenden in steuerlicher Hinsicht Bedeutung. Soweit der Barwert der Rente den nominellen Kapitalkontensaldo des Ausscheidenden übersteigt, ist bei der Veräußerungsrente ein tariflich steuerbegünstigter Veräußerungsgewinn gem. §§ 16,34 EStG gegeben³⁾, der im Zeitpunkt des Ausscheidens zu versteuern ist.⁴⁾ Bei der Versorgungsrente sind die Zuflüsse aus Rentenzahlungen, welche den Rentenbarwert über den Kapitalkontensaldo steigen lassen, im Zeitpunkt des Zufließens⁵⁾ als nachträgliche gewerbliche Einkünfte (§§ 24,2 III Ziff.2 EStG) ohne tarifliche Steuerbegünstigung zu versteuern.⁶⁾ Obwohl die tarifliche Steuerbegünstigung nur für die Veräußerungsrente gilt, ge-

1) Vgl. oben S. 140 f.

2) Thier S.151; Bühler S.66; Potthoff-Zintzen S.226; recht ausführlich m. Angabe von Rechtsprechung Krah BB 1961 S.137o.

3) Krah BB 1961 S.1371.

4) Knöchlein DNotZ 1960 S.467.

5) Möhle S.169.

6) Thier S.151.

währt die Versorgungsrente dem Ausscheidenden steuerliche Vorteile. Einmal tritt eine Steuerschuld nicht im Zeitpunkt des Ausscheidens, sondern in einem regelmäßig sehr viel späteren Zeitpunkt ein. Außerdem wird durch den einmaligen Anfall des Veräußerungsgewinnes bei der Veräußerungsrente eine erheblich höhere Progression eingreifen als im Falle der allmählichen, relativ niedrigen Zahlungen aus der Versorgungsrente. ¹⁾

Für beide Rentenarten muß eine Laufdauer vereinbart werden, die sich nach einem Termin, einem Ereignis oder der Lebensdauer einer Person richten kann. - Es ist zu klären, wann die erste Rente fällig wird und in welchen Abständen sie zu zahlen ist.

Für die Veräußerungsrente ist ein Zinsfuß festzulegen, da die Rentenhöhe sich aus dem Unternehmenswert als Rentenbarwert und dem Zinsfuß ergibt. Die Höhe des Zinsfußes kann nach Art der Vereinbarung des Zinsfußes für Ratenzahlungen bestimmt werden. ²⁾

c) Die spätere Auszahlung

Wenn die Auszahlung des Abfindungsbetrages nicht sofort beginnen soll, kann die Umwandlung in ein Darlehen vereinbart werden, das erst zu einem späteren Termin, zweckmäßigerweise nach vorheriger Kündigung, ausbezahlt ist. ³⁾

Für beide Teile sind Kündigungsfristen festzulegen. Dabei besteht die Möglichkeit, die Kündigung durch den

1) Möhle S.169; Brönnner S.130.

2) Vgl. oben S. 149 f.; bei der Lebensrente bemißt sich die Rentenhöhe nach der sich aus der Sterbetafel ergebenden Laufdauer, vgl. Sudhoff S.287 f.; Pott-hoff-Zintzen S.234; Röhl DNotZ 1960 S.196.

3) Knöchlein DNotZ 1960 S.468; Sudhoff S.285 f.; Schwarze S.147; Düringer-Hachenburg § 138,14b.

Ausscheidenden ganz auszuschließen. Eine solche Vereinbarung kann jedoch höchstens in einem Extremfall sachgerecht sein. ¹⁾ Die Auszahlung nach der Kündigung kann sofort, allmählich oder später erfolgen. Eine solche Vereinbarung stellt eine Kombination zwischen der späteren und der sofortigen oder allmählichen Auszahlung dar. Die Verzinsung kann nach Art der Raten- und Rentenvereinbarungen bestimmt werden. ²⁾

d) Ergänzungsvereinbarungen für die allmähliche oder spätere Auszahlung

Im Falle der allmählichen oder späteren Auszahlung empfiehlt es sich, zum Schutze des Unternehmens einige ergänzende Abmachungen zu treffen.

Wenn das Unternehmen überliquide wird, ist es günstig, wenn die Verbleibenden den Abfindungsbetrag vorzeitig auszahlen dürfen. Eine dementsprechende Vereinbarung ist aber nur zweckmäßig, wenn die Zahlungen nicht der Versorgung des Ausscheidenden dienen und wenn der Anspruch nicht mit Konditionen (Zinshöhe, Sicherheiten) ausgestattet ist, die für den Ausscheidenden besonders günstig sind. ³⁾

Für den entgegengesetzten Fall, daß das Unternehmen zeitweise illiquide ist, muß eine Stillhalteklausel vereinbart werden, die jedoch zweckmäßigerweise befristet wird. ⁴⁾ Eine solche Klausel kann auch für den Ausscheidenden vorteilhaft sein. Bei Fehlen der Klausel

1) Sudhoff S.285.

2) Vgl. oben S. 149 und S. 153 oben.

3) Sudhoff S.288; Potthoff-Zintzen S.234; Schwarze S.152; Knöchlein DNotZ 1960 S.468.

4) Sudhoff S.288; Potthoff-Zintzen S.234; Schwarze S.154.

kann der Ausscheidende, der die Konsequenzen häufig nicht erkennt, durch sein radikales Zahlungsverlangen den Untergang des Unternehmens herbeiführen und damit auch seine eigene restlose Befriedigung vereiteln.

Um einen extrem hohen Geldabfluß zu verhindern, ist für die jährlichen Zahlungen eine Höchstgrenze festzusetzen. Diese Klausel ist vor allem dann lebenswichtig, wenn mehrere Gesellschafter gleichzeitig oder in kurzen Abständen hintereinander ausscheiden. Dabei ist es nicht ratsam, die Höchstgrenze fest zu bestimmen, da die Gesellschafter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Umfang des Unternehmens und damit seine finanzielle Leistungsfähigkeit für den Zeitpunkt des Ausscheidens nicht vorhersehen können. Es ist sachgerechter, wenn die Höchstgrenze als bestimmter Prozentsatz des Buchwertes festgelegt wird. ¹⁾

II. Pflicht zur Sicherheitsleistung

Bei nicht sofortiger Auszahlung kann das Interesse des Ausscheidenden dadurch berücksichtigt werden, daß dieser gegen die mit der langfristigen Auszahlung zusammenhängenden Risiken gesichert wird. ²⁾ Regelmäßig sieht man nur die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners als das Risiko an, welches durch die Sicherheitsleistung ausgeschaltet oder vermindert werden soll. Neben der Sicherheit gegen die Zahlungsunfähigkeit der verbleibenden Gesellschafter (1) kann aber auch eine Sicherheit gegen die Unredlichkeit der verbleibenden

1) Sudhoff S.287; Potthoff-Zintzen S.234; Schwarze S.144 f.; Knöchlein DNotZ 1960 S.468.

2) Möhle S.167; Knöchlein DNotZ 1960 S.468.

Gesellschafter (2) und eine Sicherheit gegen den Kaufkraftschwund (3) als sachgerechte Grundlage von Vertragsklauseln angesehen werden.

1. Sicherheit gegen Zahlungsunfähigkeit der verbleibenden Gesellschafter

Zunächst wird die in Gesellschaftsverträgen häufig zu findende Verfallklausel behandelt (a). Danach werden Sicherheiten untersucht, die bei Verbindlichkeiten aller Art üblich sind (b).

a) Verfallklausel

Zur Abwendung der Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit werden häufig Verfallklauseln vereinbart. Danach wird der gesamte Abfindungsanspruch sofort oder in kurzfristigen Raten fällig, wenn ein bezüglich Höhe und Frist näher gekennzeichneten Zahlungsverzug eintritt, wenn Vermögens- oder Ergebnisverschlechterungen in bestimmtem Maße vorliegen oder wenn sonstige bestimmte Ereignisse gegeben sind. ¹⁾

Diese Klausel ist nicht bedenkenfrei. Es sind zwar durchaus Fälle möglich, in denen der Ausgeschiedene nur infolge der Klausel eine volle Befriedigung erlangen kann. Häufig gestaltet sich die Situation aber so, daß ein nur vorübergehend nicht liquides Unternehmen vernichtet wird und daß der Ausgeschiedene dann nicht einmal restlos befriedigt werden kann. ²⁾

1) Vgl. Knöchlein DNotZ 1960 S.468; Sudhoff S.288; Schwarze S.151; Potthoff-Zintzen S.234.

2) Vgl. Schwarze S.151; vgl. auch die Ausführungen zu einer Stillhalteklausele oben S.154f.

b) Herkömmliche Sicherungen: Hypothek, Grundschild,
Sicherungsübereignung, Bürgschaft

Noch häufiger werden die herkömmlichen Sicherungsmöglichkeiten vereinbart wie Umwandlung des Abfindungsanspruches in eine Hypothekenforderung, Begründung einer Grundschild, Stellung eines Bürgen, Sicherungsübereignung. ¹⁾ Solche Sicherungsvereinbarungen sind im Hinblick auf die Erhaltung des Unternehmens nur sehr beschränkt brauchbar, da die Kreditfähigkeit des Unternehmens dadurch eingeengt werden kann. ²⁾ Ohne eine entsprechende Kreditfähigkeit verliert das Unternehmen aber die Möglichkeit, Fremdkapital für solche Erweiterungen aufzunehmen, die unbedingt notwendig sind, um gegenüber der Konkurrenz nicht ins Hintertreffen zu kommen. Im Falle des Ausscheidens entsteht noch ein besonderer Kapitalbedarf für die Auszahlung des Abfindungsbetrages.

Die Vereinbarung herkömmlicher Sicherungsmöglichkeiten kann aber dahin formuliert werden, daß nur Objekte herangezogen werden, die normalerweise nicht für die Besicherung verwendet werden. So wird das Privatvermögen der Gesellschafter bei vielen Gesellschaften normalerweise nicht belastet. Außerdem kann vereinbart werden, daß der Ausgeschiedene sich bei der Bestellung von Grundpfandrechten mit einem Rang begnügt, der für die Aufnahme von Fremdkapital nicht ausreicht, im

1) Schwarze S.150; Sudhoff S.288; Potthoff-Zintzen S.234.

2) Schwarze S.150 f.; Knöchlein DNotZ 1960 S.468; Sudhoff S.288; Potthoff-Zintzen S.234.

Normalfall aber Sicherheit gewähren kann. ¹⁾

In jedem Fall ist zu vereinbaren, daß und in welchem Umfang Sicherheiten freizugeben sind, die nicht mehr benötigt werden. ²⁾ Im Interesse einer eindeutigen Regelung ist auch zu bestimmen, wer die Kosten der Sicherheitsbegründung trägt.

2. Sicherheit gegen Unredlichkeit der verbleibenden Gesellschafter: Kontrollrecht

Die Gefahr, die für den Ausgeschiedenen in der Unredlichkeit der Verbleibenden liegen kann, wird häufig durch die Einräumung eines Kontrollrechtes auszuschalten versucht. ³⁾ Die Gefahr ist dann gegeben, wenn der Abfindungsbetrag an das Geschäftsergebnis, das Geschäftvermögen oder den Umsatz gebunden ist. Die Einräumung eines Kontrollrechtes erscheint aber wegen der damit verbundenen Gefahr des Mißbrauches unzweckmäßig. ⁴⁾

3. Sicherheit gegen Kaufkraftschwund: Wertsicherungsklauseln

Bei der Untersuchung von Wertsicherungsklauseln im Hinblick auf die Möglichkeit vertraglicher Regelungen ist zu unterscheiden zwischen den theoretischen Möglichkeiten solcher Klauseln (a) und den unter dem Aspekt des § 3 WahrG beschränkten praktischen Möglichkeiten (b).

1) Sudhoff S.288.

2) Schwarze S.150.

3) Schwarze S.152; Düringer-Hachenburg § 138 14b; Potthoff-Zintzen S.234; Sudhoff S.288; Möhle S.167; Knöchlein DNotZ 1960 S.468.

4) Schwarze S.152; Potthoff-Zintzen S.234; vgl. auch oben S. 138.

a) Theoretische Möglichkeiten

Wertsicherungsklauseln sollen den Ausgeschiedenen davor schützen, daß der Abfindungsbetrag infolge des Wertzerfalls des Zahlungsmittels im Zeitpunkt der Auszahlung gegenüber dem Zeitpunkt der Vereinbarung an Wert verliert. Besonders bei langfristiger Auszahlung liegt in diesen Klauseln ein erheblicher Schutz für den Ausgeschiedenen ¹⁾, ohne daß die Verbleibenden unzumutbar belastet werden. ²⁾

Die Wertsicherung kann durch Vereinbarung eines gegenüber der Landeswährung stabileren Wertmessers erreicht werden. Als Wertmesser kommen in Betracht eine Fremdwährung (unechte Valutaschuld), eine Goldmenge (unechte Goldschuld), eine Sachmenge (unechte Sachsschuld), ein Gehalt, ein Index. Der im späteren Zeitpunkt auszahlende Geldbetrag entspricht in seiner Höhe nicht dem vereinbarten Betrag, sondern dem der vereinbarten Menge des anderen Wertmessers zukommenden Geldbetrag. Ein Wertzerfall der Landeswährung ist bedeutungslos. Nur Wertschwankungen des Wertmessers wirken sich aus. ³⁾

Bei der Wertsicherung kann man über das Einsetzen eines anderen Wertmessers noch hinausgehen, indem man das dem Wertmesser zugrundeliegende Gut auch als Zah-

-
- 1) Theoretisch liegt darin zwar auch ein Schutz der Verbleibenden gegen eine Wertsteigerung der Zahlungsmittel, doch ist nach den Erfahrungen der Praxis nur mit einem Wertzerfall zu rechnen.
 - 2) Vgl. Knöchlein DNotZ 1960 S.469; Reithmann DNotZ 1960 S.172 ff.; Sudhoff S.288; Potthoff-Zintzen S.234.
 - 3) Reithmann S.172 ff.; Schwarze S.152 f.; Sudhoff S.289; vgl. in diesem Zusammenhang die Klausel: "Die Rente ist zu Beginn eines jeden Kalenderjahres neu festzusetzen entsprechend dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Preisindex für die Gesamtlebenshaltung (mittlere Verbrauchergruppe)". (Reithmann a.a.O. S.181)

lungsmittel an Stelle der Landeswährung wählt. Dann ist nicht der vereinbarte Geldbetrag zu zahlen, sondern die vereinbarte Menge des als Zahlungsmittel und Wertmesser dienenden Gutes: eine Sachmenge (effektive Sachschuld), eine Goldmenge (effektive Goldschuld), ein Betrag in Fremdwährung (effektive Valutaschuld).¹⁾

Auch bei dieser Vereinbarung wirken sich nur Wertänderungen des Wertmessers, nicht solche der Landeswährung aus.

Es können schließlich verschiedene Wertmesser und Zahlungsmittel in der Weise alternativ vereinbart werden, daß der Gläubiger im Zeitpunkt der Zahlung den Wertmesser und das Zahlungsmittel wählen kann. In diesem Falle ist nur der Wertzerfall des stabilsten Wertmessers bzw. Zahlungsmittels relevant.²⁾

b) Praktische Möglichkeiten unter Berücksichtigung von § 3 WährG

Die Möglichkeit von Wertsicherungsklauseln wird durch § 3 WährG erheblich eingeschränkt. Nach dieser Vorschrift dürfen bestimmte Arten von Wertsicherungsklauseln nicht vereinbart werden, wenn nicht die Deutsche Bundesbank eine Genehmigung erteilt hat.³⁾

- 1) Reithmann DNotZ 1960 S.172 ff.; Sudhoff S.288; vgl. in diesem Zusammenhang den Fall der Hofabfindung durch Lieferung von 500 Ztr. Roggen, lieferbar in zehn gleichen Jahresmengen (Beschl. OLG Schleswig v.15.10.34. NJW 1955, S.65 u. Reithmann DNotZ 1960 S.179).
- 2) Reithmann DNotZ 1960 S.174; in diesem Zusammenhang ist zu denken an eine Leibrente von wahlweise 1 Ztr. Weizen oder 1 1/2 Ztr. Roggen oder 3 Ztr. Kartoffeln oder DM 50,- (OLG Celle 11.12.1951 DNotZ 1952 S.126 und Reithmann a.a.O. S.191).
- 3) Das Genehmigungsrecht der Bundesbank ist auf die Landeszentralbanken delegiert (Reithmann DNotZ 1960 S.177 ff. u.S. 193 f.).

Eine Genehmigung wird aber nur in besonderen Ausnahmefällen gegeben.

Nicht unter das Verbot der Vorschrift fällt die Wert-
sicherung durch Vereinbarung einer echten Sachschuld ¹⁾
oder einer echten Goldschuld. ²⁾ Solche Klauseln sind
jedoch unzweckmäßig, weil dem Ausgeschiedenen mit der
Leistung einer Sachmenge oder einer Goldmenge schlecht
gedient ist, wenn ein erheblicher Kaufkraftschwund
nicht eingetreten ist.

Es ist aber auch zulässig, die echte Sachschuld und
die Leistung in Landeswährung wahlweise in der Weise
zu vereinbaren, daß der Ausgeschiedene im Zeitpunkt
der Auszahlung das Zahlungsmittel bestimmt. ³⁾ Wenn dem
Ausgeschiedenen auch bei wertstabiler Landeswährung
die Geldleistung angenehmer ist, so wird der Rückgriff
auf die Leistung einer Sache doch bei starkem Wertzer-
fall für ihn günstiger sein.

Diese Wahlmöglichkeit ist für den Ausgeschiedenen auch
deswegen vorteilhaft, weil er den verbleibenden Gesell-
schaftern gegenüber die Zahlung eines Geldbetrages
durchsetzen kann, der den eingetretenen Wertzerfall
ganz oder doch annähernd ausgleicht. Den Verbleibenden
wird die Zahlung des erhöhten Geldbetrages regelmäßig
angenehmer sein als die Lieferung einer Sachmenge, die
infolge des Wertzerfalles nur schwer zu besorgen ist.

Eine solche Klausel ist aber nur sinnvoll, wenn
man als Wertmesser und Zahlungsmittel ein Sachgut
wählt, dessen Freibewegungen den Kaufkraftschwankungen
zumindest annähernd entspricht. ⁴⁾ Da die Zulässigkeit

-
- 1) Reithmann DNotZ 1960 S.179 m.zust.Rspr. und ablehnen -
der Literatur; vgl. auch Reithmann a.a.O. S.180,
wonach nur eine "sachgerechte" Sachschuld anerkannt
wird, weil man sonst ein Scheingeschäft annimmt, da
entgegen der Vereinbarung eine Auszahlung in Geld
vermutet wird.
 - 2) Reithmann DNotZ 1960 S.188.
 - 3) Reithmann DNotZ 1960 S.179 u.S.191 mit zust.Rspr.
und ablehnender Literatur.
 - 4) Reithmann DNotZ 1960 S.173; Knöchlein DNotZ 1960
S.470.

dieser Alternativklauseln in der Literatur nicht ganz unbestritten ist, empfiehlt es sich, von der Landeszentralbank ein sog. Negativattest einzuholen, das die Zulässigkeit auch gegenüber einer ablehnenden Gerichtsauffassung durchsetzt. ¹⁾

Die Gehaltsklausel, die Indexklausel und die unechte Sachschuld Klausel werden als zulässig angesehen, wenn sie von Verwandten in gerader Linie vereinbart werden, um lediglich verbindlich festzustellen, "was die Parteien im Verhältnis zueinander als angemessenen Baranteil der Unterhaltsverpflichtung ansehen". ²⁾ Diese Möglichkeit ist unter Umständen für Familiengesellschaften bedeutsam.

Außerdem wird die Gehaltsklausel und die Indexklausel nach den Erfahrungen der Praxis genehmigt, wenn die vereinbarten Zahlungen Versorgungscharakter tragen. ³⁾ Danach sind die Klauseln vor allem bei langfristigen Rentenzahlungen verwendbar.

Die Klauseln sind zweckmäßig, da der Index und die Gehälter die Kaufkraft weitgehend wiedergeben. ⁴⁾ Es ist jedoch zu beachten, daß der Index sich einem Kaufkraftschwund automatisch anpaßt, während die Gehälter nur von Zeit zu Zeit nach einem erfolgten Kaufkraftschwund angehoben werden. Da die Wertsicherungsklauseln nur einen zukünftigen Kaufkraftschwund ausgleichen sollen, dürfen auch nur solche Gehaltsanhebungen berücksichtigt werden, die sich auf einen nach dem

1) Reithmann DNotZ 1960 S.194 mit zust.Rspr.; Knöchlein DNotZ 1960 S.469.

2) Reithmann DNotZ 1960 S.192.

3) Für die Indexklausel Reithmann DNotZ 1960 S.181; für die Gehaltsklausel Reithmann a.a.O. S.186 jeweils mit Angaben zu Literatur und Rspr.

4) Knöchlein DNotZ 1960 S.469.

Zeitpunkt des Ausscheidens erfolgten Kaufkraftschwund beziehen. ¹⁾

Z w e i t e r A b s c h n i t t

Beurteilung der Möglichkeiten für vertragliche Regelungen hinsichtlich der Erfüllung der gestellten Anforderungen

Auch die vertraglichen Regelungen können nicht alle Anforderungen in höchstem Maße erfüllen. Diese Feststellung war jedoch ohne die Untersuchung möglich, da sich die Anforderungen bei höchster Erfüllung notwendigerweise gegenseitig ausschließen oder doch hemmen. Die Anforderung der Erhaltung eines gesunden Unternehmens und die Anforderung der Berücksichtigung der Interessen des Ausscheidenden schließen sich bei höchster Erfüllung gegenseitig aus. Die Anforderungen der Einfachheit und Eindeutigkeit gehen notwendigerweise zu Lasten der anderen Anforderungen.

Entscheidend ist aber, daß sich für die vertraglichen Regelungen im Hinblick auf die Erfüllung der Anforderungen eine bessere Eignung ergeben hat als für die gesetzliche Regelung. Die gesetzliche Regelung berücksichtigt einseitig die Interessen des Ausscheidenden, indem sie eine Abfindung auf Grundlage der "wahren" Werte bestimmt (§ 738 I BGB), indem sie grundsätzlich die sofortige Auszahlung des Abfindungsbetrages anordnet (§ 271 I BGB) und indem sie bei nicht sofortiger Auszahlung, wenigstens nach Ansicht einiger Autoren, eine Pflicht der Verbleibenden zu einer Sicherheitsleistung

1) Reithmann DNotZ 1960 S.187.

bejaht. ¹⁾ Dagegen bleiben die Anforderungen nach Einfachheit und Eindeutigkeit und vor allem die primäre Anforderung der Erhaltung eines gesunden Unternehmens völlig unbeachtet. ²⁾ Der Vorzug der vertraglichen Regelungen besteht darin, daß zwischen den widerstrebenden Anforderungen eine gesunde Kombination hergestellt werden kann, die das Hauptgewicht auf die primäre Anforderung der Erhaltung legt.

Hinsichtlich der Berechnung des Abfindungsbetrages kann das Interesse an der Erhaltung dadurch berücksichtigt werden, daß man nicht von den "wahren" Werten, sondern von dem regelmäßig niedrigeren Buchwert ausgeht und dem Unternehmen so die zu seiner Erhaltung geschaffenen Reserven beläst. ³⁾ Der Erhaltung des Unternehmens dient auch der zweifache Effekt einer Vereinbarung, die den Ausscheidenden wohl an einem Verlust beteiligt, der zwischen Bilanzstichtag und Ausscheidensstichtag entstanden ist, nicht aber an einem Gewinn dieses Zeitraumes. ⁴⁾

Bei der Auszahlung des Abfindungsbetrages kann das Interesse an der Erhaltung beachtet werden, indem langfristige Zahlungsfristen vereinbart werden. Außerdem können Stillhalteklauseln ⁵⁾ und Höchstbegrenzungen für die jährlichen Abfindungsauszahlungen ⁶⁾ bedeutsam

1) Vgl. oben S. 102 m. Fußn. 2.

2) Vgl. die Beurteilung der gesetzlichen Regelung oben S. 108 ff.

3) Vgl. oben S. 133 ff.

4) Vgl. oben S. 132 ff.

5) Vgl. oben S. 154 f.

6) Vgl. oben S. 155 .

sein. Auch die hemmende Pflicht zur Sicherheitsleistung kann von der vertraglichen Regelung eingeschränkt werden. ¹⁾

Andererseits kann die vertragliche Regelung auch das Interesse des Ausscheidenden berücksichtigen. So kann bei der Berechnung des Abfindungsbetrages ein Ansatz für den Geschäftswert gemacht werden. ²⁾

Bei der Regelung der Auszahlung wird dem Interesse des Ausscheidenden entsprochen, indem ihm ein Teilbetrag sofort ausgezahlt wird, der mindestens die Höhe der für den Ausscheidenden im Zusammenhang mit dem Ausscheiden entstehenden und sofort fällig werdenden Steuerschuld erreicht. ³⁾ Bei der Bestimmung der weiteren Zahlungsfristen kann ein Interesse des Ausscheidenden an seiner wirtschaftlichen Sicherung durch Vereinbarung einer reinen Versorgungsrente oder einer sonstigen regelmäßigen, langen Auszahlung berücksichtigt werden. ⁴⁾ Wenn der Ausscheidende dagegen mit dem Abfindungsbetrag weiterarbeiten will, so kann man ihm durch die Bestimmung einer kurzfristigeren Auszahlung entgegenkommen.

Das Bedürfnis des Ausscheidenden nach einer Sicherheitsleistung kann zwar nur beschränkt berücksichtigt werden, soweit es sich auf die Sicherung gegen Zahlungsunfähigkeit der Verbleibenden bezieht. ⁵⁾ Dagegen kann durch Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln eine weitgehende Sicherung gegen einen Wertzerfall der Landeswährung geschaffen werden. ⁶⁾

1) Vgl. oben S. 157 f.

2) Vgl. oben S. 137 ff.

3) Vgl. oben S. 148

4) Vgl. oben S. 148 ff. ; zu reinen Versorgungsrenten vgl. oben S. 152 f.

5) Vgl. oben S. 157 f.

6) Vgl. oben S. 160 ff.

Schließlich kann die vertragliche Regelung auch die Anforderung der Einfachheit und Eindeutigkeit beachten. Bei der Berechnung des Abfindungsbetrages müssen die Größen nicht wie bei der gesetzlichen Regelung nach "Temperament und Glauben" ¹⁾ ermittelt werden, sondern es kann auf gegebene Größen, etwa Bilanzgrößen, zurückgegriffen werden oder die Größen können doch durch eine einfache und eindeutige Berechnung festgestellt werden, so die Durchschnittswerte bei der Ermittlung des Geschäftsergebnisses ²⁾ und des Wertansatzes für den Geschäftswert. ³⁾ Die Berechnung wird dadurch zu einem einfachen, "glatten Rechenexempel". ⁴⁾ Auch die Auszahlung und die Pflicht zur Sicherheitsleistung kann im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung einfach und eindeutig geregelt werden. Bezüglich der Anforderung nach optimalen steuerlichen Folgen kann auf die Möglichkeiten des "Aufzinses" ⁵⁾ und der Versorgungsrente ⁶⁾ verwiesen werden.

1) Vgl. Mellerowicz S.79.

2) Vgl. oben S. 131 f.

3) Vgl. oben S. 139 f.

4) Vgl. Koehler S. 28.

5) Vgl. oben S. 150 f.

6) Vgl. oben S. 152 f.

D R I T T E R T E I L

Rechtliche Grenzen für vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches

E r s t e r A b s c h n i t t

Kündigung eines Gesellschafters

Es ist teilweise nicht geklärt, ob und inwieweit die in Rechtsprechung und Rechtslehre genannten Begrenzungsvorschriften für die Kündigung bei der OHG anwendbar sind. Die Untersuchung bezieht sich daher zunächst auf den Anwendungsbereich der Vorschriften (A). Danach wird der Inhalt der Begrenzungsvorschriften und das sich aus dem Inhalt ergebende Kriterium für die Zulässigkeit vertraglicher Regelungen dargelegt (B). Es folgt schließlich eine Herausstellung von zulässigen und unzulässigen vertraglichen Regelungen (C).

A. Anwendungsbereich der Begrenzungsvorschriften

Die Vorschriften des § 723 BGB und des § 133 HGB erklären eine Vereinbarung für nichtig, durch welche das Kündigungsrecht (§ 723 III BGB) bzw. das Recht, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen (§ 133 III HGB), "ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird". Ein Ausschluß oder eine derartige Beschränkung könnte in einigen oder allen vertraglichen Abfindungsregelungen zu sehen sein. Für die Vorschrift des § 133 III HGB ergibt der Wortlaut eindeutig, daß sie für die Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bzw. der diesem Institut entsprechenden Auflösung der Gesellschaft Anwendung findet. ¹⁾ Dagegen verbietet der Wortlaut eine Anwendung

1) Vgl. RGRK HGB § 133,1.

auf die Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes (sog. ordentliche Kündigung).

Für den Anwendungsbereich des § 723 III BGB besteht keine einheitliche Meinung. Die Maßgeblichkeit der Vorschrift für die ordentliche Kündigung schlechthin, also ohne Abstellen auf die spezielle Rechtsform der OHG, wird von Siebel bestritten.¹⁾ Der Autor hält die Vorschrift nur für die Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für beachtlich. Den Ausschluß oder die Beschränkung der Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes will er dagegen gestatten, da eine "grundlose Kündigung" regelmäßig dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspreche, so daß das Verbot eines Ausschlusses oder einer Beschränkung der Kündigung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sei.

Diese Argumentation ist nicht folgerichtig. Einmal ist zu beachten, daß eine gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung nicht verboten zu werden braucht, sondern schon wegen § 242 BGB nicht aufrechterhalten werden kann. Für die Durchsetzung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist die generelle Zulässigkeit des Ausschlusses oder der Beschränkung der Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes also nicht erforderlich. Außerdem ist es unrichtig, wenn Siebel eine ordentliche Kündigung regelmäßig als Verstoß gegen Treu und Glauben wertet. Zu dieser falschen Ansicht kommt der Autor vermutlich, weil er die Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes mit der grundlosen Kündigung gleichstellt. Eine grundlose Kündigung, die tatsächlich regelmäßig gegen Treu und Glauben verstoßen würde, ist praktisch nicht denkbar. Jede Kündigung hat ihren Grund, der allerdings nicht ein wichtiger Grund i.S. der Vorschriften zu sein braucht.

1) Siebel DNotZ 1954 S.73.

Abgesehen von Siebels Gegenansicht erscheint die Anwendbarkeit der Vorschrift für die ordentliche Kündigung schlechthin in Literatur und Rechtsprechung so selbstverständlich, daß die Frage nicht erörtert oder ohne Begründung bejaht wird. ¹⁾

Es ist dagegen bestritten, ob die Vorschrift für die ordentliche Kündigung bei der speziellen Rechtsform der OHG anwendbar ist. Die h.M. ²⁾ bejaht die Anwendbarkeit vor allem mit dem Hinweis auf die Vorschrift des § 105 II HGB, welche die Maßgeblichkeit der Vorschriften des BGB für das Recht der OHG erklärt, soweit nicht in dem Abschnitt über die OHG (§§ 105-160 HGB) etwas anderes vorgeschrieben ist. Nach h.M. gibt es keine HGB-Bestimmung, welche eine von § 723 III BGB abweichende Regelung enthält.

Diese Meinung bezieht sich insbesondere auch auf § 132 HGB, obwohl die Vorschrift, welche sich mit der ordent-

-
- 1) Vgl. BGH JZ 1954 S.194 (m.Anm.Koehler) = NJW 1954 S.106 = DNotZ 1954 S.82; RGRK BGB § 723,7; RGRK HGB § 132,15; Schlegelberger-Geßler § 132,12 f.; Baumbach-Duden § 132,1; Hueck OHG S.232 f., ders. Gesellschaftsrecht S.83; Geßler SozPrax 1939 S.671; Nehm S.72; Möhle S.151 f.; die von Siebel für seine Ansicht zitierten Literaturstellen beziehen sich nicht auf die ordentliche Kündigung schlechthin, sondern stellen auf spezielle Rechtsformen ab, vgl. RGRK BGB § 723,7; RGZ 156,129 = JW 1938 S.521; Barz JW 1938 S.490 ff.
- 2) BGH JZ 1954 (zust.Anm.Koehler); RGRK BGB § 723,7; RGRK HGB § 132,15; Schlegelberger-Geßler § 132,12 f.; Baumbach-Duden § 132,1; Staub § 132,3; Düringer-Hachenburg § 132,7; Hueck OHG S.232 f., ders. Gesellschaftsrecht S.83; Wieland S.670 Fußn.8 (bei RGRK HGB § 132,15 zu Unrecht für die Gegenansicht zitiert); Nehm S.72; Möhle S.151 f.

lichen Kündigung bei der OHG befaßt, ein Verbot des Kündigungsausschlusses oder der Kündigungsbeschränkung nicht enthält. Nach h.M. darf die Vorschrift nicht als Abweichung von der Vorschrift des § 723 BGB gewertet werden, weil sie keine "selbständige" Regelung bringt.¹⁾ Die Vorschrift regelt nicht alle Fragen einer ordentlichen Kündigung, sondern bezieht sich lediglich auf die Frage der Fristen und Termine, die abweichend von § 723 BGB geregelt wird. Der Umstand, daß die Vorschrift als "selbständige" Norm nicht bestehen kann und nur eine Abweichung von einer anderen Vorschrift in einem einzigen Punkt enthält, legt es nahe, die Modifizierungsvorschrift des § 132 HGB in enger Verbindung mit der umfassenden Regelung des § 723 BGB zu sehen.

Neben der Unvollständigkeit der Bestimmung spricht nach der Ansicht Geßlers auch der Wortlaut des § 132 HGB für eine Anlehnung dieser Vorschrift an die BGB-Regelung.²⁾ Wenn die Kündigung "nur" zu einem bestimmten Termin erfolgen dürfe, so drücke sich darin nicht etwa ein zwingender Charakter der Vorschrift aus. Die Verwendung des Wortes "nur" solle vielmehr die einzige Abweichung von der Regelung des § 723 III BGB, welche eine Kündigung ohne Bindung an Fristen und Termine zuläßt, verdeutlichen und gleichzeitig auf die Anlehnung des § 132 HGB an die Grundregelung des BGB hinweisen.

Man kann die Vorschrift des § 132 HGB, die nur eine Modifizierung der BGB-Regelung enthält, auch nicht mit der vollständigen Regelung der Auflösung der Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gem. § 133 HGB vergleichen und aus dem Vorhandensein eines Verbotes bei der einen Vorschrift (§ 133 III HGB) und

1) Vgl. vor allem Schlegelberger-Geßler § 132, 12 f.

2) Geßler SozPrax 1939 S. 673.

dem Fehlen eines Verbotes bei der anderen Vorschrift (§ 132 HGB) auf eine Unterschiedlichkeit der Regelungen schließen. Die Aufnahme des Verbotes in die Vorschrift des § 133 HGB war sinnvoll, weil diese Vorschrift in sich abgeschlossen ist. Dagegen ist die Vorschrift des § 132 HGB nur in Anlehnung an § 723 BGB anwendbar, so daß ein Verbot in dieser Vorschrift nicht enthalten sein mußte. ¹⁾

Die enge Anlehnung des § 132 HGB an die Vorschrift des § 723 BGB wird auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß diese Vorschrift nur die fristlose Kündigung regelt, während sich § 132 HGB ausschließlich mit der fristgemäßen Kündigung befaßt. ²⁾ Der Umstand, ob bei der Kündigung eine Frist einzuhalten ist oder nicht, erscheint nicht so bedeutsam, daß eine Regelung für eine Kündigung ohne Einhaltung einer Frist nicht auch auf den anderen Fall angewendet werden könnte. ³⁾

Einige Autoren weisen noch auf Art.7 Nr.14 der 4. VO zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Oesterreich (RGBl I S.1999, 2001 v.24.12.1938) hin, der, bezugnehmend auf § 132 HGB, alle Einschränkungen des Kündigungsrechtes für nichtig erklärt, welche über die Regelung von Fristen und Terminen hinausgehen. ⁴⁾ Aus dieser Bestimmung ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber der VO von einem Beschränkungsverbot ausging, da das Ziel der VO eine einheitliche Regelung in Deutschland und Oesterreich war. Damit hielt der Gesetzgeber der VO § 723 III BGB auch im Bereich der OHG für anwendbar.

1) Geßler SozPrax 1939 S.670.

2) A.A. RG JW 1926 S.1959.

3) Geßler SozPrax 1939 S.670 ff.

4) Geßler SozPrax 1939 S.670 ff.; RGRK HGB § 132,15.

Siebel erklärt diese Ansicht des Gesetzgebers für unmaßgeblich, weil der Gesetzgeber seine Ansicht nicht in einer für den jetzigen Geltungsbereich des § 132 HGB gültigen Norm zum Ausdruck gebracht habe.¹⁾ Siebel kann jedoch entgegengehalten werden, daß sich eine dahingehende Ansicht des Gesetzgebers gerade aus dem Wortlaut der §§ 132 HGB, 723 BGB ergibt.

Außerdem begründen die Vertreter der h.M. ihre Ansicht, daß § 723 III BGB für die OHG Anwendung findet, damit, daß ein Bedürfnis für eine unbegrenzte Einschränkung des Kündigungsrechtes nicht bestehe. Die Nachteile einer Kündigung könne man verhindern, indem man den Gesellschaftsvertrag auf eine bestimmte sehr lange Zeit abschließe oder dem Kündigenden nur einen minimalen Abfindungsbetrag zugestehe.²⁾ Dieses Argument ist nicht stichhaltig. Es steht fest, daß viele Unternehmen an den Folgen einer Kündigung zugrundegehen.³⁾

Diese Folgen können durch die genannten Vereinbarungen auch nicht verhindert werden, da sie zumindest durch die jedem Vertrag immanenten Schranken (§§ 138, 242 BGB) begrenzt werden.⁴⁾

Schließlich berufen sich einige Stimmen, welche der h.M. folgen, auf den inneren Grund für eine Regelung, die ein Verbot der unbegrenzten Beschränkung des Kündigungsrechtes bei der OHG enthält.⁵⁾ Das Verbot ist in die Regelung der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes (§§ 705 ff. BGB) aufgenommen worden, weil es für den

1) Siebel DNotZ 1954 S.73 Fußn.9.

2) Koehler JZ 1954 S.195.

3) Siebel DNotZ 1954 S.72.

4) Vgl. z.B. Schlegelberger-Geßler § 132,14.

5) BGH DNotZ 1954 S.82; Hueck OHG S.232 f.

Gesetzgeber mit der persönlichen Freiheit nicht zu vereinbaren war, wenn ein Gesellschafter ohne zeitliche Begrenzung und ohne Kündigungsmöglichkeit an eine Gesellschaft gebunden ist.¹⁾ Dieses Motiv glaubt man auf die OHG-Regelung in verstärktem Maße übertragen zu können, weil die Bindung in einer OHG noch enger ist als in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes, so daß demgemäß durch eine Unlösbarkeit der Bindung die persönliche Freiheit in verstärktem Maße leidet.²⁾

Es ist sicher richtig, daß sich die Bindung bei der OHG intensiver gestaltet. Der Gesellschafter ist mit seiner ganzen Arbeitskraft und seinem gesamten Vermögen in der OHG engagiert. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechtes wird dagegen oft nur für einen begrenzten Bereich als Interessen- oder Arbeitsgemeinschaft geschlossen. Der Hinweis von Siebel³⁾, daß auch eine OHG in einer Form gebildet werden könne, die nur eine geringe persönliche Bindung verlangt, ist nicht beachtlich, da man nicht auf die atypischen, relativ selten verwandten Formen der OHG abstellen kann.

Die intensive Bindung der Gesellschafter kann aber aus anderen Aspekten keinen inneren Grund für ein Verbot des Kündigungsausschlusses oder der Kündigungsbeschränkung abgeben. Die Überbewertung der persönlichen Freiheit, wie sie in die gesetzlichen Vorschriften eingegangen ist, und andererseits die völlige Nichtbe-

1) BGH DNotZ 1954 S.82; RGRK BGB § 723,7; Baumbach-Duden § 132,3a; Schlegelberger-Geßler § 132,12 f.; Hueck OHG S.232 f.; vgl. auch Molitor S.14; Geßler SozFrax 1939 S.670 ff.

2) Vgl. BGH DNotZ 1954 S.82; Hueck OHG S.232 f.

3) DNotZ 1954 S.71 f. u. S.76.

achtung des Bestandsschutzes des Unternehmens ¹⁾ können heute nicht mehr in gleichem Maße Geltung haben.

Zu beachten ist einmal die objektive Veränderung in der Gestaltung der OHG. Dem BGB und HGB liegt die Gestalt der Gesellschaft zugrunde, wie sie sich etwa um 1860 zeigte. ²⁾ Die damalige Gesellschaft war auf geringer Kapitalbasis aufgebaut und war erstrangig von der persönlichen Tätigkeit und Tüchtigkeit des Unternehmers abhängig. Wegen dieses großen persönlichen Einsatzes war die persönliche Bindung der Gesellschafter eng. Andererseits verkörperte das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen relativ geringe Kapitalwerte, so daß der Bestandsschutz weniger bedeutend erschien.

Das heutige Unternehmen zeigt dagegen eine umfangreiche und noch immer wachsende Kapitalbasis. Die überragende Bedeutung der Kapitaleistung hat den Einfluß der persönlichen Tätigkeit und Tüchtigkeit des Unternehmers im Verhältnis zu früher zurückgedrängt. Die Intensität der Gesellschafterbindung darf aus diesem Grunde nicht mehr so hoch eingeschätzt werden. Andererseits ist die Notwendigkeit eines wirksamen Bestandsschutzes wegen der in dem heutigen Unternehmen steckenden Kapitalwerte gewachsen.

Neben der Veränderung der Gestaltung der OHG ist eine veränderte Wertung bedeutsam. Die persönliche Bindung wird nicht mehr so negativ gewertet wie zur Zeit des individualistischen Liberalismus. Der einzelne wird als ein Individuum angesehen, das sich in die Gemeinschaft einfügt und durchaus Bindungen auf sich nimmt. ³⁾

1) Nehm S.70; Siebel DNotZ 1954 S.72; Molitor S.199.

2) Vgl. zum folgenden Würdinger AcP 144 S.132 ff.

3) Molitor S.64 u.S.199.

Auch hinsichtlich der Gesellschaft und hinsichtlich des von ihr betriebenen Unternehmens zeigt sich eine veränderte Wertung. ¹⁾ Man betrachtet eine Gesellschaft nicht mehr lediglich als Zusammenschluß zur Erfüllung privater Interessen. Die Gesellschaft bzw. das von ihr betriebene Unternehmen wird vielmehr als selbständiger Wert der Volkswirtschaft angesehen. Das Unternehmen gewährt Arbeitsplätze, befriedigt Bedürfnisse, leistet einen Anteil zum Volkseinkommen. ²⁾ Die Einsicht von der Notwendigkeit eines Bestandsschutzes setzt sich daher mehr und mehr durch. Ein innerer Grund ist demnach für eine Regelung gegeben, welche einen Kündigungsausschluß und eine Kündigungsbeschränkung zuläßt.

Einer solchen Regelung steht jedoch der eindeutige Wortlaut des § 132 HGB und des § 723 BGB entgegen. Zwar darf nach dem Grundsatz "cessante ratione cessat lex ipsa" der Wortlaut nicht zu einer völlig sinnwidrigen Gesetzesanwendung führen. ³⁾ In diesem Fall kann man von einem völligen Wegfall des Sinnes aber keineswegs reden. Auch heute erscheint die persönliche Freiheit als äußerst hochwertiges Gut, wenn man auch genau zwischen persönlicher Freiheit und persönlicher Willkür unterscheidet. Wenn die jetzige Regelung daher auch unzweckmäßig ist ⁴⁾, so ist sie doch nicht sinnlos. Die angeführten Tendenzen können deshalb nur de lege ferenda beachtet werden. ⁵⁾ - Im Ergebnis ist der h.M. also zuzustimmen, daß die Vorschrift des § 723 III BGB auch für die ordentliche Kündigung bei der OHG gilt.

1) Vgl. zum folgenden Ottel ZFB 1961 S.363, der ähnliche Gedanken sogar für die Kapitalgesellschaft entwickelt.

2) Siebel DNotZ 1954 S.71; vgl. auch Barz JW 1938 S.490 ff.

3) Düringer-Hachenburg Einl. z. §§ 1 - 104 S.15 f.

4) Vgl. Barz JW 1938 S.490 ff.; Nehm S.71.

5) Vgl. Würdinger AcP 144 S.146; Nehm S.123.

Entgegen der h.M. hält Boesebeck ¹⁾ die Vorschrift des § 723 III BGB für die OHG nicht für anwendbar. Aus dem Sinn der HGB-Vorschriften entnimmt er aber für die OHG das Verbot des Kündigungsausschlusses und der Kündigungsbeschränkung. Dieses Verbot gestaltet sich jedoch nicht so streng wie das Verbot des § 723 III BGB. Im Ergebnis kommt Boesebeck den Vertretern der h.M. nahe, stimmt aber nicht mit ihnen überein.

Alle anderen Autoren, welche den § 723 III BGB in Abweichung von der h.M. für die OHG oder eine andere Rechtsform nicht für anwendbar halten, ²⁾ stützen sich auf ein Urteil des RG ³⁾, in welchem die Anwendbarkeit des § 723 III BGB für die ordentliche Kündigung bei der stillen Gesellschaft verneint wird. Das RG begründet seine Auffassung damit, daß § 339 HGB nicht auf § 723 III BGB hinweist. Selbst wenn man dieser Begründung folgt, so kann sie doch auf keinen Fall die Nichtanwendbarkeit für die ordentliche Kündigung bei der OHG ergeben, da sich § 132 HGB unmittelbar an § 723 III BGB anlehnt. ⁴⁾

B. Inhalt der Begrenzungsvorschriften

Da der Anwendungsbereich der §§ 723 III BGB und § 133 III HGB die ordentliche Kündigung und die Auflösung der Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen

1) a.a.O. S.36.

2) RGRK BGB § 723,7; Barz JW 1938 S.490 ff.

3) RGZ 156,129 = JW 1938 S.521.

4) Vgl. Hueck OHG S.232 f.; RGRK HGB § 132,15.

Grundes auch bei der OHG umfassen, fragt es sich, ob alle bzw. welche vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches einen Ausschluß oder eine Beschränkung des Kündigungsrechtes (§ 723 III BGB) bzw. des Auflösungsrechtes ¹⁾ (§ 133 III HGB) im Sinne dieser Vorschriften darstellen und daher nichtig sind. Zunächst wird eine Meinung dargelegt, nach welcher sämtliche vertraglichen Regelungen nicht mit den Begrenzungsvorschriften zu vereinbaren und daher nichtig sind (I). Nach anderer Auffassung lassen die Begrenzungsvorschriften einige vertragliche Regelungen zu. Dabei wird die Begründung für die teilweise Zulässigkeit aus § 145 HGB (II) oder aus den Begrenzungsvorschriften selbst (III) entnommen.

I. 1. Meinung: Unzulässigkeit von vertraglichen Regelungen

Würdinger sieht, soweit ersichtlich als einziger, jede vertragliche Regelung als nichtig an, welche eine für den ausscheidenden Gesellschafter nachteilige Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften enthält. ²⁾

Nach dieser Ansicht besteht also keine Möglichkeit, die unangemessenen Folgen der gesetzlichen Vorschriften durch eine sachgerechtere vertragliche Regelung zu beseitigen oder wenigstens zu mildern. Würdinger gibt nicht zu erkennen, aus welchem Grunde er diese extreme Ansicht vertritt. Wegen der Nichtbeachtung aller von anderen Autoren vorgetragenen Gedanken ist die Ansicht abzulehnen.

-
- 1) Der Einfachheit halber werden die folgenden Ausführungen nur auf das Kündigungsrecht bezogen. Sie gelten in gleicher Weise für das Auflösungsrecht, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird.
 - 2) Würdinger AcP 144 S.146.

II. 2.Meinung: Teilweise Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen wegen § 145 HGB

Gem. § 145 HGB erfolgt nach der Auflösung der Gesellschaft die Liquidation, "sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart ... ist". Da eine vertragliche Regelung des Abfindungsanspruches eine Vereinbarung über die Art der Auseinandersetzung darstellt ¹⁾, glaubt man aus dieser Vorschrift entnehmen zu können, daß der Gesetzgeber von den gesetzlichen Vorschriften abweichende vertragliche Regelungen zulassen wollte. ²⁾

Die Bedeutung der Vorschrift wird von den Vertretern dieser Ansicht verkannt. Da § 738 BGB, die gesetzliche Vorschrift über die Abfindungsregelung, nachgiebiges Recht enthält ³⁾, werden abweichende vertragliche Regelungen nicht erst durch den Wortlaut des § 145 HGB gestattet. Die durch § 738 BGB zugelassenen abweichenden Regelungen finden ihre Begrenzung aber in entgegenstehenden Vorschriften zwingenden Rechtes. Als solche Vorschriften sind hier § 723 BGB und § 133 HGB zu beachten. Der Wortlaut des § 145 HGB - entsprechendes gilt für § 731 BGB im Rahmen der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes - bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die durch § 738 BGB zugelassene Regelungsmöglichkeit über die Grenzen dieser zwingenden Vorschriften hinaus erweitert werden sollte. Die Vorschrift des § 145 HGB hat in diesem Zusammenhang daher keine Bedeutung.

1) Vgl. Schlegelberger-Geßler § 132,15.

2) RG JW 1938 S.521; RGRK HGB § 132,14; Schlegelberger-Geßler § 132,15; Ritter § 132,5; Geßler SozPrax 1939 S.675.

3) Schlegelberger-Geßler § 138,26; Hueck OHG S.296.

III. 3. Meinung: Teilweise Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen wegen § 723 III BGB und § 133 III HGB

Für die Meinung, nach welcher sich die teilweise Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen aus den Begrenzungsvorschriften herleiten läßt, gibt es zwei Begründungen: Einmal wird darauf verwiesen, daß man Beschränkung und Ausschluß im juristischen und im wirtschaftlichen Sinne betrachten könne (1). Zum anderen entnimmt man aus der Formulierung der Begrenzungsvorschriften die Zulässigkeit vertraglicher Regelungen, weil nur Beschränkungen unzulässig sind, welche "diesen Vorschriften zuwider" getroffen werden (2).

1. Beschränkungen und Ausschluß des Kündigungsrechtes im juristischen und im wirtschaftlichen Sinne

Wenn die Begrenzungsvorschriften bestimmte Beschränkungen und den Ausschluß des Kündigungsrechtes verbieten, so kann es fraglich sein, von welchem Aspekt Beschränkung und Ausschluß zu betrachten sind.¹⁾

Juristisch wird das Kündigungsrecht durch vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches nicht angetastet. Es werden nur die Folgen der Ausübung des Kündigungsrechtes festgelegt, die den Kündigenden allerdings wirtschaftlich schwer belasten und sein Kündigungsrecht daher wirtschaftlich beschränken oder sogar wirtschaftlich ausschließen können.

1) RGZ 61,328; RGRK BGB § 723,15; RGRK HGB § 132,14; Staub § 132,3; Düringer-Hachenburg § 132,7; Heymann-Kötter § 132,4; Schlegelberger-Geßler § 132,15; Wieland S.670 Fußn.8.

Wenn die Begrenzungsvorschriften nur die juristische Beschränkung und den juristischen Ausschluß des Kündigungsrechtes verbieten, die wirtschaftliche Beschränkung und den wirtschaftlichen Ausschluß aber gestatten, so kommt man zu dem Ergebnis, daß sämtliche vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches zulässig sind. Diese extreme Ansicht wird jedoch nicht vertreten. Die meisten Autoren nehmen eine unterschiedliche Regelung für die Beschränkung und den Ausschluß des Kündigungsrechtes an. Die wirtschaftliche Beschränkung hält man für erlaubt und erklärt nur die juristische Beschränkung für unzulässig. Demgegenüber soll nicht nur der juristische, sondern auch der wirtschaftliche Ausschluß des Kündigungsrechtes mit den Begrenzungsvorschriften nicht zu vereinbaren sein.¹⁾ Dieser Ansicht ist die Auffassung von Heymann-Kötter im Ergebnis gleichzusetzen, nach welcher die Begrenzungsvorschriften zwar nur die juristische Beschränkung und den juristischen Ausschluß des Kündigungsrechtes verbieten, nach welcher aber der wirtschaftliche Ausschluß des Kündigungsrechtes als Umgehung der Begrenzungsvorschriften ebenfalls unzulässig ist.²⁾

Bei Anerkennung dieser Unterscheidung zwischen Beschränkung und Ausschluß können vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches also keine Beschränkungen des Kündigungsrechtes i.S. der Begrenzungsvorschriften darstellen. Die Beschränkungen sind von einem juristischen Aspekt gesehen, so daß sie in diesen vertraglichen Regelungen nicht enthalten sein können. Vertragliche Regelungen, welche das Kündigungsrecht wirt-

1) RGRK HGB § 132,14; Staub § 132,3; Düringer-Hachenburg § 132,7; Schlegelberger-Geßler § 132,15; Wieland S.670 Fußn. 8.

2) Heymann-Kötter § 132,4.

schaftlich ausschließen, sind dagegen unzulässig. Ein wirtschaftlicher Ausschluß ist dann gegeben, wenn die Ausübung des Kündigungsrechtes durch die vertragliche Regelung wirtschaftlich derartig erschwert wird, daß es bei vernünftiger Würdigung nicht mehr ausgeübt werden kann.

Die unterschiedliche Regelung für die Beschränkung und für den Ausschluß des Kündigungsrechtes ist nur scheinbar inkonsequent. Bei vertraglichen Regelungen, welche das Kündigungsrecht juristisch beschränken oder sogar juristisch oder wirtschaftlich ausschließen, hängt die Ausübung des Kündigungsrechtes nicht von der eigenen freien Willensentscheidung des Gesellschafters ab. Anders ist die Situation, wenn das Kündigungsrecht nur wirtschaftlich beschränkt wird. Der Gesellschafter kann dann frei entscheiden, ob er die nachteiligen wirtschaftlichen Folgen der Kündigung in Kauf nehmen oder ob er in der Gesellschaft verbleiben will. Bei einer vertraglichen Regelung, welche das Kündigungsrecht wirtschaftlich ausschließt, besteht die freie Willensentscheidung deswegen nicht, weil für jeden vernünftigen Gesellschafter nur das Verbleiben in der Gesellschaft in Betracht kommt. Da der Zweck der begrenzenden Vorschriften in einem Schutz der persönlichen Freiheit besteht¹⁾, erscheint die differenzierte Betrachtungsweise folgerichtig.

Praktisch ist die differenzierte Betrachtungsweise jedoch kaum brauchbar, da sie keinen Maßstab für die Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen zu liefern vermag. Es kann nicht eindeutig festgelegt werden, bei welcher Gestaltung einer vertraglichen Regelung die Ausübung des Kündigungsrechtes wirtschaftlich derartig erschwert wird, daß eine Kündigung bei vernünft-

1) Vgl. z.B. Hueck OHG S.233.

tiger Würdigung unmöglich ist. Die Autoren können nur unklare generelle Beschreibungen der unzulässigen Regelungen bringen. So sollen solche Regelungen unzulässig sein, welche sich "nicht im normalen Rahmen" halten ¹⁾ oder welche einen "erheblichen Nachteil" bewirken. ²⁾

2. "diesen Vorschriften zuwider" i.S.d. § 723 III BGB und des § 133 III HGB

Eine andere Gruppe von Autoren sieht zwar jede vertragliche Regelung des Abfindungsanspruches als eine Beschränkung des Kündigungsrechtes im Sinne der Begrenzungsvorschriften an. Sie gehen also von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus. Die Autoren leiten eine teilweise Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen aber daraus ab, daß gem. § 723 III BGB und § 133 III HGB nicht alle Beschränkungen des Kündigungsrechtes nichtig sind, sondern nur solche Beschränkungen, welche "diesen Vorschriften zuwider" vorgenommen werden. ³⁾ Unter "diesen Vorschriften" sind § 723 I und II BGB sowie § 133 I und II HGB zu verstehen. ⁴⁾

Fraglich ist, welche Beschränkungen "diese Vorschriften" gestatten. Wenn man schon solche beschränkenden vertraglichen Regelungen für unzulässig hält, welche nicht durch den Wortlaut der Vorschriften ausdrücklich zugelassen sind, dann kommt man zu der Auffassung von Würdinger, wonach sämtliche vertraglichen

1) Schlegelberger-Geßler § 132,15.

2) Staub § 132,3.

3) RGZ 162,393; RG JW 1926 S.2897; Staudinger § 723,42; RGRK BGB § 723,15; Lehmann-Ring § 132,1; Ritter § 132,5; Hueck OHG S.233; Geßler SozPrax 1939 S.675.

4) Ritter § 132,5.

Regelungen des Abfindungsanspruches abzulehnen sind.¹⁾ Der Wortlaut der Vorschriften nennt nur Vereinbarungen über Kündigungsfrist und Kündigungstermin als zulässige Beschränkungen. Die Autoren gehen jedoch richtig davon aus, daß nicht der Wortlaut, sondern der Sinn und Zweck der Vorschriften maßgebend ist.

Einige Autoren sehen den Sinn und Zweck der Vorschriften, nämlich den Schutz der persönlichen Freiheit²⁾, nur bei solchen vertraglichen Regelungen gewährleistet, die dem Kündigenden eine Abfindung zugestehen, welche per Saldo gegenüber den gesetzlichen Vorschriften nicht nachteilig für den Kündigenden wirkt.³⁾ Diese Autoren stellen also darauf ab, ob die vertragliche Regelung für jeden Nachteil gegenüber den gesetzlichen Vorschriften gleichzeitig einen entsprechenden Vorteil gewährt.

Die Ansicht zeigt eine heute nicht mehr berechtigte Überbewertung der persönlichen Freiheit und läßt die heute gebotene Beachtung des Bestandes der Gesellschaft völlig vermissen. Gegenüber der Entstehungszeit des Gesetzes hat sich eine Veränderung in der Gestaltung der OHG sowie eine Veränderung in der Bewertung der Rechte und Pflichten des Individuums und der Bedeutung der Gesellschaft bzw. des von ihr betriebenen Unternehmens gezeigt.⁴⁾

Andere Autoren halten solche beschränkenden Regelungen mit dem Sinn und Zweck "dieser Vorschriften" für vereinbar, welche dem Kündigenden nicht weniger zugestehen, als dieser bei einer Zerschlagung des Unter-

1) Vgl. oben S.177

2) Hueck OHG S.233.

3) Ritter § 132,5; vgl. auch Möhle S.152.

4) Vgl. oben S. 174 f.

nehmens erhalten würde. ¹⁾ Während die zuvor genannte Auffassung die Abfindung nach den bei Fortbestand des Unternehmens auftretenden Werten richtet, stellen diese Autoren also auf die bei Zerschlagung des Unternehmens realisierbaren Werte ab. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird damit begründet, daß der Kündigende an dem Fortbestand des Unternehmens kein Interesse mehr habe. ²⁾ Die Ansicht läßt deutlich eine niedrigere Bewertung der persönlichen Freiheit erkennen. Trotzdem ist dieser Maßstab nicht befriedigend, weil der Bestandsschutz der Gesellschaft keine Beachtung findet.

Eine weitere Gruppe von Autoren verzichtet ganz auf den Vergleich des Abfindungsbetrages mit einer Wertbasis wie Wert des lebenden Unternehmens oder Zerschlagungswert. Diese Autoren lassen auch vertragliche Regelungen zu, welche den Kündigenden gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern benachteiligen. ³⁾ Die Grenze für vertragliche Regelungen ist aber dann gegeben, wenn die Benachteiligung des Kündigenden schwer ⁴⁾ oder ungebührlich ⁵⁾ ist. Diese Ansicht läßt eine er-

1) Boesebeck S.33: "Dem kündigenden Gesellschafter ein unabdingbares Recht darauf zuzusprechen, daß er besser als bei der von ihm angestrebten Liquidation der Gesellschaft gestellt wird, besteht gewiß kein Anlaß"; vgl. auch RGZ 162,393 und RGRK BGB § 723,15, die sich ebenfalls auf den Liquidationswert beziehen, aber nur solche Abfindungsregelungen für unzulässig halten, welche dem Ausscheidenden "erheblich" weniger zugestehen, als das, "was ihm die Auflösung bringen würde".

2) Vgl. Düringer-Hachenburg § 132,7.

3) Schlegelberger-Geßler § 132,16; Staudinger § 723,42 d; Barz JW 1938 S.493.

4) Schlegelberger-Geßler § 132,16.

5) Staudinger § 723,42 d.

hebliche Einschränkung der persönlichen Freiheit zu. Das Maß der Einschränkung hängt jedoch nicht von den Bedürfnissen des Bestandsschutzes ab, es wird vielmehr recht willkürlich und dazu unklar festgelegt.

Eine niedrige Bewertung der persönlichen Freiheit zeigt sich noch in einer weiteren Ansicht, die jedoch nur für einen speziellen Abfindungsfall entwickelt worden ist. Man hat es für zulässig gehalten, daß der Kündigende mit Kapitalanteilen einer Kapitalgesellschaft abgefunden wird, in welche die OHG umgewandelt werden soll.¹⁾ Diese Art der Abfindung soll unbedenklich sein, weil nur die vermögensrechtlichen Folgen der Kündigung festgelegt werden, während die Lösung der persönlichen Bindung unbeschränkt möglich sei.

Bei dieser Argumentation ist die Art der Auseinandersetzung zulässig, weil das Kündigungsrecht juristisch weder beschränkt noch ausgeschlossen wird. Es erscheint inkonsequent, daß entgegen der sonst allgemein vertretenen Ansicht²⁾ nicht geprüft wird, ob in dieser Art der Auseinandersetzung nicht wirtschaftlich ein Ausschluß des Kündigungsrechtes zu sehen ist. Es ist zu bedenken, daß der Ausscheidende über sein Kapital nicht verfügen kann, so daß ihm die Gründung einer neuen Existenz i.d.R. nicht möglich sein wird.³⁾

Allen genannten Auffassungen, welche eine teilweise Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen aus dem Sinn und Zweck der Begrenzungsvorschriften herleiten, ist eines gemeinsam: Es wird anerkannt, daß ein unbegrenzter Schutz der persönlichen Freiheit durch die Begrenzungsvorschriften nicht erstrebt

1) RGZ 114,393; 156,136 = RG JW 1938 S.521; RGRK HGB § 132,15; Hueck OHG S.233; a.A. Schlegelberger-Geßler § 132,15.

2) Vgl. oben S. 180 Fußn.1.

3) Vgl. die ablehnende Stellungnahme von Schlegelberger-Geßler § 132,17.

wird. Die Grenze für den Schutz der persönlichen Freiheit, nämlich der Bestandsschutz des Unternehmens, wird dagegen überhaupt nicht oder nur undeutlich genannt. So ist es auch erklärlich, wenn der Maßstab für die Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen allein aus der Intensität des Eingriffes in die persönliche Freiheit ohne Beachtung der Wirkung auf den Bestandsschutz bestimmt wird.

Ein sachgerechter Maßstab läßt sich nur finden, wenn die Qualität der beiden Wirkungen einer vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches, die Schwere des Eingriffes in die persönliche Freiheit und die Geeignetheit für die Förderung des Unternehmensbestandes, gegeneinander abgewogen werden. Die Vergleichbarkeit der beiden Wirkungen wird nur scheinbar dadurch aufgehoben, daß die Wirkung hinsichtlich der persönlichen Freiheit einen Menschen betrifft, während sich die Wirkung hinsichtlich des Bestandes auf ein Unternehmen bezieht. Es ist zu bedenken, daß auch ein Unternehmen kein lebloses Gebilde ist. Es handelt sich vielmehr um einen Organismus, dessen Funktionieren von zwei "menschlichen" Faktoren, der Unternehmensleitung (sog. dispositiver Faktor) und der Arbeitnehmerschaft (Faktor Arbeit) maßgeblich bestimmt wird. Weiter ist auch zu beachten, daß sich intensive Einwirkungen auf ein Unternehmen empfindlich auf Menschen auswirken können. Es ist vor allem daran zu denken, daß die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren können. Dieser Verlust ist nicht immer so leicht zu nehmen wie bei der heutigen Lage des Arbeitsmarktes.

Bei einem Abwägen der beiden Wirkungen muß beachtet werden, daß bei der persönlichen Freiheit eine weite Skala für Einwirkungen zur Verfügung steht. Zwischen der leichtesten und der schwersten denkbaren Einschränkung liegt eine große Spanne. Der Bestandsschutz kann dagegen nur in begrenztem Maße vernachlässigt werden. Während die Wirkung auf die persönliche Frei-

heit nur eine mehr oder minder schwere Einbuße des Kündigenden bedeutet, kann die Wirkung auf den Bestand des Unternehmens die Beendigung der Existenz des Unternehmens bedeuten.

Wenn man bei vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches einen wirksamen Schutz sowohl für die persönliche Freiheit als auch für den Unternehmensbestand erreichen will, muß man dem Bestand wegen seiner größeren Verletzlichkeit den Vorrang einräumen. Demgemäß ist es mit dem Sinn und Zweck der Begrenzungsvorschriften vereinbar, wenn man alle vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches für zulässig hält, welche im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den Bestandsschutz notwendig erscheinen. Alle Regelungen, für die eine solche Notwendigkeit nicht besteht, sind unzulässig.¹⁾ Dieser Maßstab ist nicht nur sachlich berechtigt, sondern auch praktisch durchführbar.

C. Herausstellung von zulässigen und unzulässigen Einzelfällen

Da der Bestand des Unternehmens vor allem durch einen zu starken Kapitalabfluß gefährdet werden kann, ist eine vertragliche Regelung für zulässig zu halten, welche den Abfindungsbetrag auf der Basis der Buchwerte festlegt. Auf einen Ansatz für stille Reserven und für den Geschäftswert kann also verzichtet werden.

1) Ähnliche Vorstellungen klingen an bei Godin JR 1948 S.64 f.; Hueck OHG S.234; RGRK HGB § 132,15; Düringer-Hachenburg § 132,7.

In der Literatur wird das kaum bestritten. ¹⁾ Der Nichtansatz ist auch zulässig, wenn stille Reserven und Geschäftswert hohe Werte verkörpern. ²⁾ Diese Regelung muß schon aus Gründen der Eindeutigkeit gelten.

Der Kündigende darf auch von einer Beteiligung an den offenen Reserven ausgeschlossen werden ³⁾, da die Reserven ihrer Natur nach gerade den Bestand des Unternehmens schützen sollen. ⁴⁾

Zur Vermeidung eines gefährdenden Kapitalabflusses kann die Auszahlung des Abfindungsbetrages hinaus geschoben oder gestreckt werden. ⁵⁾ Während die Zulässigkeit dieser Möglichkeit nicht bestritten

-
- 1) Hueck OHG S.233; Sudhoff S.264; Boesebeck S.34 u. S.37; RGRK HGB § 132,15; Staudinger § 723,42 u. 58 f.; RGRK BGB § 738,6; Geßler SozPrax 1939 S.670; Barz JW 1938 S.490; RG Recht 1914 Nr.1460; RG JW 1938 S.521; vgl. dagegen Düringer-Hachenburg § 132,7 und § 138,14a, die den Nichtansatz nur für zulässig halten, wenn die stillen Reserven für die Verlustdeckung und nicht nur zur Verhinderung der Gewinnausschüttung geschaffen sind. Die Bildung der stillen Reserven darf auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag vorgeschrieben sein. A.A. RGRK HGB § 132,15; vgl. auch Schlegelberger-Geßler § 138,15 u.16, der Abfindung gem. Buchwert zuläßt, unverständlicherweise den Nichtansatz für stille Reserven aber ablehnt. Unentschieden RGZ 162,393; sehr vorsichtig Möhle S.165; für die Gestaltung der vertraglichen Regelung vgl. oben S.126 ff.
 - 2) Einschränkung aber Düringer-Hachenburg § 132,7.
 - 3) Kersten-Küntzel S.557; vgl. auch Sudhoff S.264, der es in besonderen Fällen sogar zusätzlich zuläßt, "daß der nominelle Kapitalanteil einen kräftigen Abschlag erfahren soll"; einschränkend Möhle S.165 und Düringer-Hachenburg § 132,7.
 - 4) Vgl. oben S.134 und die dort in Fußnote 2 genannte Literatur.
 - 5) Für die Gestaltung der vertraglichen Regelung vgl. oben S.147 ff.

wird ¹⁾, besteht über die zulässige Dauer der Auszahlung, sofern es sich nicht um eine unbegrenzt zulässige Versorgungsrente handelt, keine einheitliche und keine eindeutige Meinung. Während Möhle ²⁾ eine Verteilung der Zahlungen auf 10 - 15 gleichmäßige Jahresraten für zulässig hält, darf die Auszahlung nach Schlegelberger-Geßler ³⁾ nicht "erst nach einem langen Zeitraum" erfolgen. Sudhoff ⁴⁾ lehnt es ab, wenn die Zahlungen "in unzumutbarer Weise zu Lasten des Ausscheidenden gestreckt oder ganz ausgeschlossen werden". Hueck ⁵⁾ vertritt eine unternehmensfreundliche Ansicht, indem er Zahlungsfristen für zulässig hält, "sofern sie den Rahmen des Üblichen nicht überschreiten und sich im Interesse der Lebensfähigkeit des fortzuführenden Unternehmens rechtfertigen lassen". Auf die eindeutige Nennung von Zahlungsfristen verzichtet aber auch Hueck.

Man kann eine vertragliche Regelung für zulässig halten, welche die Auszahlung in Raten bis zu einer Dauer von 10 Jahren vorsieht. ⁶⁾ In dieser Zeit können in der Regel auch relativ hohe Abfindungsbeträge ohne

1) Schlegelberger-Geßler § 132,16; RGRK HGB § 132,15; Düringer-Hachenburg § 132,7; RGRK BGB § 738,6; Staudinger § 723,43c; Hueck OHG S.234; Sudhoff S.284; Möhle S.167; Geßler SozPrax 1939 S.670; Barz JW 1938 S.490 ff.; RGZ 162,393.

2) a.a.O. S.167.

3) § 132,15.

4) a.a.O. S.284.

5) OHG S.234.

6) Unentschieden für die Auszahlung in 10 gleichen Jahresraten RGZ 162,393; Staudinger § 723,43c dagegen noch großzügiger; unzulässig nur, wenn Auszahlung "in so kleinen Teilzahlungen ..., daß er erst nach vielen Jahrzehnten befriedigt wird".

Bestandsgefährdung ausgezahlt werden.

Der Bestand des Unternehmens kann aber auch durch die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung gefährdet werden. ¹⁾ Daher sind auch solche vertraglichen Regelungen zulässig, welche der Eindeutigkeit dienen. ²⁾

An Stelle von nicht eindeutig zu ermittelnden Größen können sachgerechte angenommene Größen verwendet werden. Das kommt vor allem für die Rechengrößen der Ertragswertberechnung in Betracht. ³⁾ Die vertragliche Regelung kann auch sachgerechte Hinweise für die Wertansätze der Substanzwertberechnung enthalten. ⁴⁾ Bei der Buchwertabfindung ist vor allem wichtig, daß eine Bilanz zugrundegelegt werden darf, die mit der Bilanz zum Ausscheidensstichtag nicht identisch ist ⁵⁾, daß weiter auch die Beteiligung an einem zwischenzeitlichen Geschäftsergebnis ⁶⁾, an einem Geschäftswert ⁷⁾ oder an den stillen Reserven nach sachgerechten angenommenen Größen erfolgen kann. Aus Gründen der Eindeutigkeit erscheint es sogar zulässig, den Kündigenden von einer Beteiligung an dem zwischenzeitlichen Geschäftsergebnis ganz auszuschließen. ⁸⁾

1) Sudhoff S.259.

2) Düringer-Hachenburg § 132,7; vgl. auch Schlegelberger-Geßler § 138,26.

3) Vgl. oben S. 118 ff.

4) Vgl. oben S. 121 f.

5) Vgl. oben S. 127 ff.

6) Vgl. oben S. 131

7) Vgl. oben S. 137 ff.

8) So mit anderer Begründung Düringer-Hachenburg § 132,7.

Vertragliche Regelungen, welche den Sinn haben, den Gesellschafter durch eine Vertragsstrafe von einer Kündigung abzuhalten, sind nicht zulässig, da solche Regelungen nicht im Hinblick auf die Unternehmenserhaltung getroffen werden. ¹⁾ Als solche Regelungen sind nicht nur die als Vertragsstrafe deklarierten Klauseln anzusehen. Eine Bestrafung liegt in der Regel auch dann vor, wenn die Abfindung für einen Gesellschafter oder für den Fall des Ausscheidens wegen Kündigung ungünstiger geregelt ist als für andere Gesellschafter oder andere Ausscheidensfälle. Man kann dann davon ausgehen, daß auch die günstigere Regelung nicht bestandsgefährdend wirkt, so daß die ungünstigere Regelung den zugelassenen Rahmen überschreitet. ²⁾

Es sind allerdings Sonderfälle denkbar, bei denen nur die ungünstigere Abfindung nicht bestandsgefährdend wirkt. Zu denken ist etwa an einen Gesellschaftsvertrag, durch welchen sich der Altgesellschafter ohne Rücksicht auf den Bestand des Unternehmens von dem unentgeltlich als Junggesellschafter aufgenommenen Angestellten eine günstigere Abfindung zugestehen läßt. ³⁾

Anders als diese bestrafenden Regelungen, welche die Kündigung überhaupt verhindern sollen, sind solche Klauseln zu beurteilen, welche die Kündigung

-
- 1) Im Ergebnis so RGZ 30,83; 61,329; OLG Hamburg Recht 1907 Nr.3300; Düringer-Hachenburg § 132,7; Ritter § 132,5; Schlegelberger-Geßler § 132,18; RGRK HGB § 132,14; Staudinger § 723,42 d.
 - 2) Vgl. Düringer-Hachenburg § 132,7; RGRK HGB § 132,15; Schlegelberger-Geßler § 133,32; Sudhoff S.263, die in der Gleichheit der Regelung für alle Gesellschafter und alle Ausscheidensfälle einen Anhaltspunkt für die Zulässigkeit sehen. Bezüglich unterschiedlich hoher Zinszahlung vgl. Sudhoff S.287.
 - 3) Vgl. oben S. 140 f.

in einem bestandsgefährdenden Zeitraum auszuschließen suchen. Es ist daher zulässig, wenn die Kündigung während einer Verlustperiode dadurch verhindert werden soll, daß der Kündigende an einem zwischenzeitlichen Verlust, nicht aber an einem solchen Gewinn beteiligt wird. ¹⁾

Der Rahmen des Zulässigen wird überschritten, wenn der Kündigende von einer Abfindung völlig ausgeschlossen wird. ²⁾ Es ist durchaus möglich, ohne Bestandsgefährdung eine Abfindung zu zahlen. Auch die Festsetzung einer bestimmten Summe als Abfindung erscheint bedenklich, weil zu leicht die Gefahr der Willkür besteht und andererseits durch weniger willkürliche Lösungen ein sicherer Bestandsschutz erzielt werden kann.

Boesebeck beurteilt die Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen für die Ausscheidensfälle wegen einer ordentlichen Kündigung und wegen der Auflösung der Gesellschaft wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes unterschiedlich. ³⁾ Bei der ordentlichen Kündigung nimmt er eine weitergehende Zulässigkeit an, weil er die persönliche Freiheit des Ausscheidenden in diesem Fall für nicht so schutzwürdig hält. Einmal könne

-
- 1) a.A. Düringer-Hachenburg § 132,7; für die Gestaltung der vertraglichen Regelung vgl. oben S.132 f.
 - 2) RG Recht 1909 Nr.2387; RGRK HGB § 132,14; Staudinger § 723,42b (anders Staudinger § 738,19 für Ausscheiden allgemein ohne besondere Nennung der Kündigung); Schneider-Zartmann S.74; Knöchlein DNotZ 1960 S.455; a.A. wohl Schlegelberger-Geßler § 138,26 u.27; RGZ 145,293 = JW 1935 S.417.
 - 3) Boesebeck S.36 f.; eine Unterscheidung will wohl auch Staudinger § 723,43c treffen ("gerade bei ordentlicher Kündigung zulässig").

ein Gesellschafter die Intensität seiner Bindung für den Normalfall schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses überblicken. Wenn er sich bei der Einschätzung der Intensität getäuscht habe und sich daher durch eine ordentliche Kündigung aus der Bindung lösen wolle, dann seien ihm die Folgen dieser Fehlleistung wenigstens teilweise zuzurechnen. Anders verhalte es sich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Der Gesellschafter könne im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht voraussehen, ob ein wichtiger Grund eintrete und wie hemmend sich die Bindung bei einem bestimmten wichtigen Grund gestalte. Außerdem bestehe ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes durchaus nicht die Notwendigkeit für den Gesellschafter, die Bindung zu lösen. Er könne also zwischen einem Verbleiben in der Gesellschaft und den nachteiligen Folgen seines Ausscheidens frei entscheiden. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bleibe dagegen nur die Möglichkeit des Ausscheidens.

Die von Boesebeck vorgebrachten Unterscheidungsmerkmale betreffen nur die Schutzwürdigkeit der persönlichen Freiheit. Bezüglich des Bestandschutzes für das Unternehmen bestehen bei beiden Fällen dagegen keine Unterschiede. Da das nach dem hier herausgearbeiteten Maßstab geltende Kriterium der Zulässigkeit in der Notwendigkeit der vertraglichen Regelung für den Bestandsschutz besteht, ist die Zulässigkeit entgegen der Ansicht von Boesebeck für beide Fälle gleich zu beurteilen.

Z w e i t e r A b s c h n i t t

Gesellschafterkonkurs und Kündigung eines Privatgläubigers

In Rechtslehre und Rechtsprechung werden mehrere Begrenzungsvorschriften genannt, deren Anwendbarkeit aber nicht unbestritten ist. Daher wird zunächst der Anwendungsbereich der Begrenzungsvorschriften untersucht (A). Aus theoretischen und praktischen Erwägungen sind nur zwei der Begrenzungsvorschriften für anwendbar zu halten. Der Inhalt dieser Vorschriften und das sich aus dem Inhalt ergebende Kriterium für die Zulässigkeit vertraglicher Regelungen ist darzulegen (B). Es folgt schließlich eine Herausstellung von zulässigen und unzulässigen Einzelfällen (C).

A. Anwendungsbereich der Begrenzungsvorschriften

I. §§ 135 mit 131 Ziff.6, 131 Ziff.5, 141 HGB

Einige Autoren halten bestimmte vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches gem. § 134 BGB für nichtig, weil sie nach der Ansicht dieser Autoren gegen den Sinn der Vorschriften verstoßen. Der Gläubigerschutz, der durch die Vorschriften erreicht werden solle, werde durch eine für den Ausscheidenden nachteilige Regelung des Abfindungsanspruches illusorisch, wenn diese Regelung auch gegen den Privatgläubiger und den Konkursverwalter bzw. die Konkursgläubiger gelte. ¹⁾

Diese Ansicht kann nicht anerkannt werden, da die Vorschriften nur einen Gläubigerschutz bezwecken, der sich nicht gegen die Vereinbarung von Abfindungsregelungen richtet, die für den Ausscheidenden und damit für den Konkursverwalter bzw. den

1) Hueck OHG S.237; RGRK HGB § 135,24; Schlegelberger-Geßler § 135,14; Düringer-Hachenburg § 141,8; Staub § 135,7.

Privatgläubiger nachteilig wirken.

Die Vorschriften gewähren insofern einen Gläubigerschutz, als in den Fällen des Gesellschaftskurses und der Kündigung durch einen Privatgläubiger eine Auflösung der Gesellschaft (§§ 131 Ziff.5, 135 mit 131 Ziff.6 HGB) oder ein Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters (§ 141 HGB) herbeigeführt wird. Der Gläubigerschutz besteht darin, daß die Gläubiger sich aus dem Anspruch des Schuldners auf Auseinandersetzung und Auszahlung des Guthabens bzw. aus dem Abfindungsanspruch befriedigen können. ¹⁾ Ohne diese Gläubigerschutzvorschriften wären die Gläubiger auf die Befriedigung aus dem Anspruch des Schuldners auf einen Gewinnanteil beschränkt. ²⁾ Der Gläubigerschutzzweck besteht allein darin, daß der Zugriff auf das Vermögen durch eine Bindung des Vermögens in einer Gesellschaft nicht verhindert wird. Darüber hinaus sollen die Gläubiger nicht dagegen geschützt werden, daß der Schuldner Rechtshandlungen, etwa die Zustimmung zu einer Abfindungsregelung, vornimmt, welche das den Gläubigern zugängliche Vermögen mindern. ³⁾

Die Vorschriften können über diesen sehr engen Aufgabenbereich hinaus auch nicht ausgedehnt werden, da der Gläubigerschutz durch ein System von Vorschriften gesichert wird. Die Ausdehnung einer Vorschrift dieses Systems würde eine Kollision mit anderen Vorschriften bewirken. Die Sicherung des Vorhandenseins von Vermögensteilen wird durch die Vor-

1) Palandt § 725,2 b.

2) Vgl. Palandt § 725,2 a.

3) Vgl. Marcus JW 1907 S.539 ff., der die zwingende Natur des § 135 HGB richtig dahingehend begrenzt, daß das Kündigungsrecht des Gläubigers nicht angetastet werden darf, da es dem Gläubiger aus originärem Recht zusteht. Der Abfindungsanspruch leitet sich dagegen aus dem Recht des Schuldners her und wird durch § 135 HGB nicht betroffen. Vgl. auch Knoke S. 116.

schriften der §§ 1 ff. AnfG und §§ 29 ff. KO gewährleistet. Gerade eine Kollision mit diesen Vorschriften würde zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Die Rechtsfolge von Verstößen gegen die §§ 1 ff. AnfG und die §§ 29 ff. KO besteht in einer Anfechtbarkeit der benachteiligenden Rechtshandlungen (§ 1 AnfG, § 29 KO). Demgegenüber wollen die genannten Autoren eine Nichtigkeit der vertraglichen Regelung wegen § 134 BGB annehmen. ¹⁾

II. §§ 851 II mit 857 I ZPO

Diese Vorschriften schaffen ebenfalls einen Gläubigerschutz. Während unübertragbare Vermögensrechte im allgemeinen nicht gepfändet werden können (§§ 851 I mit 857 I ZPO), soll eine durch pactum de non cedendo (§ 399 BGB) geschaffene Unübertragbarkeit die Pfändbarkeit nicht berühren. Die Autoren, welche die Vorschriften ohne weitere Ausführungen als Begrenzung der Zulässigkeit für vertragliche Regelungen ansehen ²⁾, dürften sich wohl darauf stützen, daß sich zwischen dem pactum de non cedendo und der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches in einem Punkte eine Ähnlichkeit zeigt. Die Ähnlichkeit besteht darin, daß dem einen Partner auf Grund der Vereinbarung ein gegenüber der gesetzlichen Regelung geringeres Recht zugestanden wird. Der Partner verliert das Recht der vollen Übertragbarkeit einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes bzw. das Recht auf eine volle Abfindung gem. § 738 BGB.

Trotz dieser Ähnlichkeit können die Vorschriften den Sachverhalt der vertraglichen Regelung des Abfindungs-

1) Zu der Widersprüchlichkeit des Ergebnisses vgl. auch Westermann S.25 f.

2) BGRK EGB § 141,23; vgl. auch Wieczorek § 859, A IV a 1.

anspruches nicht treffen. Eine analoge Anwendung verbietet sich schon wegen des erkennbaren Ausnahmecharakters der Vorschrift, deren Anwendung nur den genannten Sachverhalt des pactum de non cedendo treffen sollte. ¹⁾ Die Vorschrift darf auch deswegen nicht über den speziellen Fall hinaus auf andere Fälle des Gläubigerschutzes angewandt werden, weil dadurch eine Kollision mit anderen Vorschriften des Gläubigerschutzsystems eintreten könnte.

III. § 1 I KO

Auch aus der zwingenden Natur der Vorschrift des § 1 I KO ergibt sich keine Begrenzung für vertragliche Regelungen. Diese Vorschrift bestimmt, daß das Konkursverfahren "das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners (umfaßt), welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört".

Der volle Abfindungsanspruch in der durch § 738 BGB bestimmten Höhe fällt jedoch zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens nicht in das Schuldnervermögen. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist durch die vertragliche Regelung des Abfindungsanspruches eine Wertminderung des Vermögens eingetreten, so daß sich nach diesem Zeitpunkt nur der im Wert geminderte Abfindungsanspruch im Schuldnervermögen befindet. ²⁾

Weipert, der § 1 I KO für eine begrenzende Vorschrift hält ³⁾, begründet seine Ansicht vor allem mit einem Hinweis auf eine Entscheidung des RG v. 8.12.1933 ⁴⁾. In dieser Entscheidung war die Frage zu

1) Vgl. Palandt Einl. V 3 b.

2) Oertmann § 725, II; Sudhoff NJW 1961 S.807; Stürcke S.46.

3) RGRK EGB § 141,23.

4) RGZ 142,373.

untersuchen, ob der Geschäftsanteil einer GmbH im Falle des Gesellschafterkonkurses durch einen auf Grund der Satzung gefaßten Beschluß unentgeltlich eingezogen werden kann (§ 34 GmbHG). Dieser Sachverhalt trifft den Fall der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches jedoch nicht. Nach der Art der vom RG formulierten Fragestellung handelte es sich darum, "ob eine im Wege ... der Konkurseröffnung vollzogene Beschlagnahme des Geschäftsanteiles einer Gesellschaft m.b.H. nachträglich dadurch (durch den Einziehungsbeschluß - d.Verf.) wieder entkräftet werden kann". Die Entscheidung betrifft nach dieser Fragestellung also die Aussonderung von Vermögensteilen, die durch die Beschlagnahme schon erfaßt sind. Bei einer vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches betrifft die Beschlagnahme nur ein von vornherein im Wert gemindertes Vermögensteil. Eine Entkräftung der vollzogenen Beschlagnahme erfolgt dagegen nicht.

IV. § 138 BGB

Einige Autoren fassen die Vorschrift als Begrenzungsvorschrift auf, weil sie die vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches unter bestimmten Voraussetzungen als eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung ansehen. ¹⁾ Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist bei Rechtshandlungen, welche eine Gläubigerbenachteiligung darstellen, jedoch nicht gegeben.

Diese Ansicht wird ganz allgemein vertreten, soweit es um Rechtshandlungen geht, welche lediglich den Tatbestand der Anfechtungsvorschriften (§§ 1 ff. AnfG, §§ 29 ff. KO) erfüllen, die also weder erschwerende

1) Staudinger § 738,19; Möhle S.156.

Umstände aufweisen noch hinter den Voraussetzungen der Tatbestände zurückbleiben. ¹⁾

Das RG hält § 138 BGB bei solchen Rechtshandlungen schon deswegen nicht für anwendbar, weil die unter die Anfechtungstatbestände fallenden Sachverhalte nicht sittenwidrig seien. ²⁾ Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Gläubigerbenachteiligungen i.S. der Anfechtungsvorschriften stellen zumindest regelmäßig einen Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden dar und sind damit sittenwidrig. ³⁾

Die Generalklausel des § 138 BGB kann vielmehr deswegen nicht angewandt werden, weil die Anfechtungsvorschriften als *leges speciales* aufzufassen sind und daher den Vorrang haben. Die Vorrangstellung ergibt sich schon aus der Funktion von Generalklauseln und Sondervorschriften im Gesetzssystem. Die allgemein gehaltenen Tatbestände der Generalklauseln sollen nur solche Sachverhalte treffen, die von dem Gesetzgeber nicht durch Sondervorschriften geregelt sind. Durch die eindeutigeren Tatbestandsmerkmale der Sondervorschriften soll die in den notwendigerweise vagen Formulierungen der Generalklauseln steckende Rechtsunsicherheit beseitigt werden. Dieser Zweck würde nicht erreicht, wenn für Sachverhalte, welche den Sondervorschriften unterliegen, auf die Generalklauseln zurückgegriffen werden kann. ⁴⁾

Außer dem Effekt der Rechtssicherheit sollen die Son-

1) RG DR 1940 S.541 (im Erg.zust.Anm.v.Brandt); RG SeuffA 75,86; RG Warn 1929 Nr.164; Westermann S.25 f.; Palandt § 138,1; Enneccerus-Nipperdey S.822; Jaeger-Lent § 29,5; Jaeger AnFG § 1,11 mit umfangreichen weiteren Literaturangaben; Böhle-Stamschräder AnFG § 1 VII 2, ders. KO § 29,20; Stürcke S.47 f.; Barkhausen NJW 1955 S.1272.

2) RG DR 1940 S.541.

3) Vgl. Westermann S.25 f.; Brandt Anm.z.RG DR 1940 S.541; Böhle-Stamschräder AnFG § 1 VII 2.

4) Vgl. Westermann S.25 f.; Brandt Anm.z.RG DR 1940 S.541.

dervorschriften für Gläubigerbenachteiligungen noch eine Stärkung der Verkehrssicherheit erreichen, indem feste Anfechtungsfristen (§ 41 KO, § 12 AnfG) bestimmt werden. Auch dieser Zweck wird nicht erreicht, wenn die Sachverhalte unter den Tatbestand des § 138 BGB fallen können und demnach unbefristet nichtig sind.¹⁾

Die Nichtanwendbarkeit des § 138 BGB ergibt sich weiterhin schon allein aus der Existenz der Sondervorschriften. Da Gläubigerbenachteiligungen zumindest regelmäßig einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen, wären Sondervorschriften überflüssig gewesen, wenn man die Sachverhalte der Gläubigerbenachteiligung nicht in Abweichung von § 138 BGB behandeln wollte.²⁾

Diese Rechtslage, die allgemein für denjenigen Fall anerkannt wird, bei dem die Gläubigerbenachteiligung lediglich den Tatbestand der Anfechtungsvorschriften erfüllt, muß auch dann gelten, wenn der Sachverhalt hinter den Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände zurückbleibt. Das ergibt sich zwingend aus der Unterschiedlichkeit der Rechtsfolgen aus § 138 BGB einerseits und aus den Anfechtungsvorschriften andererseits. Sachverhalte, deren Anstößigkeit hinter den Voraussetzungen der Anfechtungsvorschriften zurückbleiben, können nicht gem. § 138 BGB nichtig sein, wenn die Sachverhalte, welche wegen einer intensiveren Anstößigkeit die Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände erfüllen, nur anfechtbar sind (§ 1 AnfG, § 29 KO). Der gesetzgeberische Wille kann nur dahin interpretiert werden, daß die von den Anfechtungstatbeständen nicht erfaßten Sachverhalte nicht in das System der Gläubigerschutzvorschriften fallen und

1) Westermann S.25 f.

2) Vgl. Westermann S.25 f.

daher rechtswirksam sein sollen. ¹⁾

V. §§ 29 ff. KO, §§ 1 ff. AnfG

Diese sog. Anfechtungsvorschriften sind für vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches anwendbar und können daher eine Begrenzung der Zulässigkeit bilden. ²⁾ Praktisch ist der Anwendungsbereich aber deswegen eingeschränkt, weil vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches die Tatbestände der sog. Konkursanfechtung (§ 30 KO) und der sog. Schenkungsanfechtung (§ 32 KO, § 3 I 3 u. 4 AnfG) wohl niemals erfüllen dürften.

Für die Konkursanfechtung (§ 30 KO) sind zwei verschiedene Typen von Sachverhalten zu unterscheiden. Die vertragliche Regelung des Abfindungsanspruches müßte im ersten Fall nach der Zahlungseinstellung des Gesellschafters oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens festgelegt worden sein. Der zweite Fall erfaßt außerdem solche Regelungen, die in den letzten zehn Tagen vor diesen Terminen vorgenommen worden sind, um einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung bestimmter Art zu gewähren. Beide Sachverhaltstypen können zwar theoretisch bei vertraglichen Regelungen von Abfindungsansprüchen gegeben sein. Dabei ist für den zweiten Fall daran zu denken, daß der

1) Westermann S.25; a.A. Flume AcP 154 S.563, der die Argumentation für bestimmte hier nicht gegebene Fälle als positivistisch ablehnt, und Caemmerer JZ 1956 S.95, aber nur für die Sicherungsübertragung, da sie publizitätslos ist.

2) Schwarze S.82; Schneider-Zartmann S.78 f.; Düringer-Hachenburg § 141,8; RGRK HGB § 138,31; Stürcke S.147 f.; Knöchlein DNotZ 1960 S.454.

verbleibende Gesellschafter ein Konkursgläubiger des Ausscheidenden ist. Praktisch dürften solche Fälle jedoch nicht vorkommen.

Der Tatbestand der Schenkungsanfechtung (§§ 32 KO, 3 I 3 u. 4 AnfG) erfaßt unter bestimmten Voraussetzungen vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches, wenn sie unentgeltlich gewährt werden. Eine Entgeltlichkeit liegt dann vor, wenn der Gewährende - in diesem Fall der Ausscheidende, der durch die Regelung einer Wertminderung seines Vermögens zugestimmt hat - einen Gegenvorteil erhält. ¹⁾ Ein Gegenvorteil ist auf jeden Fall dann gegeben, wenn die gleiche Regelung alle Gesellschafter betrifft. ²⁾ Der Gegenvorteil besteht in der Chance, daß ein anderer Gesellschafter ausscheidet, dem dann ebenfalls nur ein Abfindungsanspruch in der geregelten Höhe zu zahlen ist. Auch wenn der Abfindungsanspruch für die Gesellschafter unterschiedlich geregelt ist, kann man regelmäßig von dem Vorhandensein eines Gegenvorteiles ausgehen. Der Gesellschafter, den die ungünstigere Regelung betrifft, kann etwa ohne Kapitaleinlage aufgenommen worden sein. ³⁾ Der Gegenvorteil kann auch in einer internen Vereinbarung über Haftung oder Geschäftsführung bestehen oder in einer entsprechenden Regelung der Ergebnisverteilung, einer Vorwegvergütung c.ä. Praktisch dürfte eine unentgeltliche vertragliche Regelung nicht vorkommen, da ein Schenkungswilliger keine derart indirekte, ungewisse Zuwendung machen wird.

Als praktisch anwendbare Begrenzungsvorschrift kommen daher nur die Tatbestände der sog. Absichtsanfechtung (§ 31 KO, § 3 I Ziff. 1 u. 2 AnfG) in Betracht.

1) Jaeger § 3, 46.

2) Vgl. BGHZ 22, 194 = DNotZ 1957 S. 406 für § 2301 BGB.

3) Vgl. den auf S. 141 f. beschriebenen Fall.

B. Inhalt der Begrenzungsvorschriften des § 31 KO
und des § 3 I Ziff.1 und 2 AnfG (sog. Absichtsan-
fechtung), insbesondere die Klärung des Absichts-
begriffes

Diese Tatbestände erfassen Rechtshandlungen des (Gemein)schuldners, welche dieser "in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat". Dabei wird bei entgeltlichen Verträgen mit bestimmten Personen widerleglich vermutet, daß diesen eine solche Benachteiligungsabsicht des (Gemein)schuldners bekannt gewesen ist (§ 31 Ziff.2 KO, § 3 I Ziff.2 AnfG).

Als Rechtshandlung i.S. der Tatbestände ist die Zustimmung des Ausscheidenden zu der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches anzusehen. Die Rechtshandlung enthält den Verzicht auf ein aufschiebend bedingtes Recht, das Recht auf volle Abfindung gem. § 738 I 2 BGB im Falle des Ausscheidens. ¹⁾

Diese Rechtshandlung kann eine Benachteiligung der Gläubiger bewirken, weil diese sich auf Grund der vertraglichen Regelung nur aus einem gegenüber den gesetzlichen Vorschriften verminderten Abfindungsanspruch befriedigen können. Aus der weiten Fassung des Wortlautes des § 31 KO Ziff.1 und des § 3 I Ziff.1 AnfG läßt sich entnehmen, daß die Benachteiligung nicht solche Gläubiger zu betreffen braucht, die im Zeitpunkt der vertraglichen Regelung schon vorhanden waren. Es ist nicht einmal notwendig, daß der Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt überhaupt Gläubiger hatte. ²⁾

1) Vgl. Jaeger-Lent § 29,35.

2) Jaeger § 3,14 mit weiteren Literaturangaben.

Das Hauptproblem des Tatbestandes besteht in der Klärung des Absichtsbegriffes, die bisher nicht vollständig gelungen ist. - Der Sprachgebrauch und die Strafrechtstheorie können zu dieser Begriffsklärung nicht herangezogen werden. ¹⁾ Einmal gibt es für den Sprachgebrauch und für die Strafrechtstheorie mehrere Absichtsbegriffe. Innerhalb des Sprachgebrauches hängt der Inhalt des Absichtsbegriffes von dem jeweiligen Wortzusammenhang ab ²⁾; innerhalb der Strafrechtstheorie kommt es auf den jeweiligen strafrechtlichen Zweck des Tatbestandes an, der den Absichtsbegriff enthält. ³⁾ Außerdem wird der für die Absichtsanfechtung verwendbare Absichtsbegriff gesucht, der mit den Absichtsbegriffen anderer Verwendungsbe-
reiche nicht übereinstimmen muß. ⁴⁾

Für die Absichtsanfechtung wird von den Vertretern zweier extremer Ansichten ein weiter und ein enger Absichtsbegriff vertreten. Die Absicht i.S. des weiten Begriffes wird mit dem Bewußtsein der Benachteiligung gleichgesetzt ⁵⁾, während die Anhänger des

-
- 1) a.A. Kornitzer GrünhutsZ 15 S.601 für den Sprachgebrauch und Cosack S.77 für die Strafrechtstheorie.
 - 2) Kornitzer GrünhutsZ 15 S.591; Boenigk DJZ 1910 S.458.
 - 3) Hegler JW 1923 S.608; vgl. auch RGSt 1,330; 2,377.
 - 4) Vgl. z.B. Palandt § 121,3 zu der unterschiedlichen Bedeutung der Worte "unverzüglich" und "sofort" in der Rechtswissenschaft, die nach dem Sprachgebrauch als Synonyma anzusehen sind.
 - 5) Starke Tendenz zu diesem weiten Begriff RGZ 9,75; Cosack S.77; zu weitgehend Jaeger § 3,11; Levin 32 DJT S.47, welche das RG in dieser frühen Entscheidung und Cosack für ausgesprochene Vertreter dieses weiten Begriffes halten. - Ablehnend gegen diesen Begriff Jaeger § 3,11; Schneider BB 1952 S.534; RGZ 57,163. - De lege ferenda für den weiten Begriff Przibilla JW 1911 S.302.

engen Absichtsbegriffes zusätzlich das Vorliegen einer auf die Benachteiligung als Zweck gerichteten Intention des Handelnden verlangen. ¹⁾

Diese beiden extremen Absichtsbegriffe werden von der h.M. als unzweckmäßig abgelehnt. ²⁾ Bei Zugrundelegung des engen Absichtsbegriffes würde eine Anfechtbarkeit praktisch nie gegeben sein, da es kaum vorkommen wird, daß das Motiv einer den Gläubiger benachteiligenden Handlung in der Gläubigerbenachteiligung selbst liegt. Ihr Motiv findet die Handlung des Schuldners vielmehr in dem Erstreben eines Vorteiles für sich oder andere. ³⁾ Andererseits ist auch der weite Absichtsbegriff des Sprachgebrauches nicht verwendbar. Bei seiner Maßgeblichkeit wären praktisch alle Rechtshandlungen anfechtbar, die einem Konkurs oder einer Zwangsvollstreckung vorausgehen. Jedes Wirtschaftssubjekt wird bei allen Handlungen einen zukünftigen Konkurs oder eine zukünftige Zwangsvollstreckung und damit auch eine regelmäßig daraus folgende Gläubigerbenachteiligung in seine Vorstellung aufnehmen. ⁴⁾

Von den meisten Autoren wird eine Zwischenmeinung vertreten, nach welcher eine Absicht gegeben ist, wenn neben dem Bewußtsein ein Wollen des benachteiligenden Erfolges gegeben ist. Die Willensrichtung prüft man jedoch nicht nach; man folgert das Wollen vielmehr, und zwar grundsätzlich unwiderleglich, daraus, daß die Gläubigerbenachteiligung als notwen-

1) Levin 32 DJT S.47; starke Tendenz zu engem Begriff in einigen Gerichtsentscheidungen, bes. in der neueren Rechtsprechung des BGH, BGHZ 12,238; BGH JZ 1956 S.98; vgl. auch RGZ 57,163; LG Köln NJW 1958 S.1296. - Ablehnend gegen diesen Begriff Böhle-Stamschräder KO § 31,2b; Jaeger-Lent § 31,5; Jaeger § 3,11; Schneider BB 1952 S.534.

2) Jaeger-Lent § 31,5; Jaeger AnfG § 3,11; Böhle-Stamschräder KO § 31,2 b; Schneider BB 1952 S.534.

3) Jaeger-Lent § 31,5.

4) Stiebeling S.60; Kornitzer GrünhutsZ 15 S.593 f.

dig, wahrscheinlich oder als möglich i.S. des dolus eventualis vorausgesehen wird. ¹⁾

Nach diesem Absichtsbegriff sind sämtliche vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches unzulässig, welche in einer für einen Ausscheidenden nachteiligen Weise von der gesetzlichen Regelung abweichen. Solche vertraglichen Regelungen werden gerade getroffen, weil man mit der Möglichkeit des Gesellschafterkonkurses oder der Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter rechnet. Demnach sieht man auch die regelmäßig folgende Gläubigerbenachteiligung voraus. Auch wenn man die Benachteiligung als sicher vorausgesehen hätte, wäre man von der Regelung nicht abgegangen. Damit sind die Voraussetzungen des dolus eventualis gegeben.

In einzelnen Fällen untersucht die h.M. die Willensrichtung des Schuldners, geht also von der grundsätzlichen unwiderleglichen Folgerung des Wollens aus der Voraussicht der Benachteiligung ab. Wenn der Schuldner etwa lediglich kongruente Erfüllungshandlungen vornimmt oder Maßnahmen zur Unterhaltung seiner Familie trifft, dann bestehe darin "logisch das erste Ziel seiner Absicht, (während) die Benachteiligung anderer Gläubiger nur sekundäre Folge" sei. ²⁾ Die Voraussicht des Erfolges bedeutet nur noch eine Vermutung

-
- 1) Jaeger-Lent § 31,5; Jaeger AnfG § 3,11; Schneider BB 1952 S.534.
 - 2) So Zelter LZ 1907 S.792; für die kongruente Erfüllungshandlung Jaeger-Lent § 31,5; Jaeger AnfG § 3,11; RG JW 1896 S.175 Nr.29; 1902 S.24 Nr.17; einschränkend RG JW 1906 S.179 Nr.29; vgl. auch Riehl Gruchot 53 S.49 zu der Uneinheitlichkeit der Rspr. in diesem Punkt; für die Unterhaltung der Familie RG JW 1905 S.442; Jaeger-Lent § 31,5; Jaeger AnfG § 3,11; einschränkend Böhle-Stamschräcker KO § 31,2b.

für das Wollen der Benachteiligung. Die Vermutung ist widerlegt, wenn der Schuldner "eine andere Erklärung für seine Willensrichtung angibt". ¹⁾

Wenn die Gerichtsentscheidungen entsprechend diesen Formulierungen getroffen würden, dann könnte man vertragliche Regelungen für zulässig halten. "Logisch das erste Ziel" solcher Regelungen ist die Erhaltung des Unternehmens. Die Benachteiligung stellt sich lediglich als "sekundäre Folge" dar. Die Entscheidungen sind im Ergebnis jedoch uneinheitlich und stellen allein auf die Bedürfnisse des Einzelfalles ab. ²⁾ Für die Beurteilung von vertraglichen Regelungen durch diese h.M. läßt sich daher keine sichere Aussage machen. ³⁾

In neuerer Zeit läßt sich eine Änderung der h.M. erkennen. Die Anfechtungsmöglichkeit wird bei den Benachteiligungshandlungen, welche von der Rechtsordnung mißbilligt werden, nicht mehr wie bisher mit Hilfe der lebensfremden Unterstellung einer entsprechenden Willensrichtung konstruiert. Man hat einen neuen Absichtsbegriff geschaffen, der außer der Voraussicht des Erfolges eine Unlauterkeit des Handelnden voraussetzt. Die von einer Unlauterkeit getragene Handlung wird von der Rechtsordnung mißbilligt und ist anfechtbar. ⁴⁾

Der Fortschritt gegenüber der bisher h.M. liegt darin, daß die Entscheidungen weniger willkürlich erscheinen,

1) So Zelter LZ 1907 S.791.

2) Vgl. Riehl Gruchot S.49.

3) Wenn es kaum Gerichtsentscheidungen gibt, welche die Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen zum Gegenstand haben, so dürfte sich das daraus erklären, daß die Gesellschaftsverträge den Rechtsweg regelmäßig durch Vereinbarung einer Schiedsgerichtsklausel ausschließen.

4) BGHZ 12,238 = JZ 1954 S.387 (zust.Anm.Böhle-Stam-schräder) = NJW 1954 S.673; BGH JZ 1956 S.98; LG Köln NJW 1956 S.1296; vgl. auch Westermann S.26 mit Fußn. 61.

weil jetzt wieder eine wirkliche Begründung möglich ist, an deren Stelle unbefriedigende Unterstellungen treten mußten. Die Schwäche der jetzigen h.M. besteht noch darin, daß keine allgemeingültigen Maßstäbe für die Unlauterkeit aufgestellt worden sind. Aus dem Grunde läßt sich nicht vorhersagen, ob die Vertreter der heute h.M. bei vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches eine Unlauterkeit annehmen. Nach der von Cosack lange vor der Herausbildung der heute h.M. vertretenen Ansicht ist eine Unlauterkeit nur dann nicht gegeben, wenn der Schuldner einen Zweck erstrebte, bei dessen Erreichung eine Benachteiligung nicht eingetreten wäre. ¹⁾ Cosack bietet zwar im Gegensatz zur h.M. ein eindeutiges Kriterium für das Vorliegen einer Unlauterkeit; er kommt jedoch zu unvernünftigen Ergebnissen. Die kongruente Erfüllungshandlung z.B., deren Nichtanfechtbarkeit regelmäßig anerkannt wird, wäre anfechtbar. Der Zweck einer solchen Handlung besteht darin, einen Gläubiger zu befriedigen. Trotz der Zweckerreichung tritt die Benachteiligung für einen anderen Gläubiger ein. Der Zweck von vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches besteht darin, die gesunde Erhaltung des Unternehmens zu gewährleisten. Auch die Erreichung dieses Zweckes verhindert eine Benachteiligung nicht. Nach Cosacks Ansicht sind sämtliche vertraglichen Regelungen, welche in einer für den Ausscheidenden nachteiligen Weise von der gesetzlichen Regelung abweichen, anfechtbar.

Die Auffassung des Autors führt nur bei einem ganz bestimmten Sachverhaltstyp, der die Merkmale seines nachfolgenden Ausgangsbeispiels enthält, zu vernünftigen Ergebnissen ²⁾: Der Kauf eines Loses, bei dem der

1) ZHR 37 S.569; anders noch a.a.O. S.77.

2) ZHR 37 S.568 f.

Schuldner wegen der Chance für sich und seine Gläubiger sein ganzes Vermögen riskiert, ist nicht anfechtbar. Wenn der Zweck des Kaufes, die Erlangung eines über den Einsatz hinausgehenden Gewinnes, erreicht worden wäre, dann wären die Gläubiger nicht benachteiligt worden. Das kennzeichnende Merkmal dieses Sachverhaltes besteht darin, daß der durch die Schuldnerhandlung erstrebte Zweck in der Befriedigung aller Gläubiger liegt. Ein solcher Zweck wird etwa noch bei Sanierungshandlungen, deren Anfechtbarkeit umstritten ist, gegeben sein. Darüber hinaus hat die von Cosack für allgemeingültig gehaltene Auffassung keine Bedeutung.

Zweckmäßig erscheint eine Ergänzung der h.M. dahingehend, daß aus dem Sinn und Zweck der Anfechtungsvorschriften Kriterien für das Vorliegen einer Unlauterkeit entwickelt werden. Der Sinn und Zweck der Anfechtungsvorschriften ist darin zu sehen, daß ein Ausgleich von gegeneinanderstehenden Interessen geschaffen wird. Den Gläubigerschutzinteressen stehen das Interesse an Rechtssicherheit und Verkehrsfreiheit gegenüber.¹⁾ In einzelnen Fällen kommen weitere Interessen hinzu. Bei vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches ist das Interesse an der Erhaltung des Unternehmens noch zu beachten. Eine Unlauterkeit des Handelns ist dann gegeben, wenn der Schuldner seine Interessen unter Abweichung von einer gerechten Interessenabwägung gegen die Gläubigerschutzinteressen durchzusetzen versucht.

Bei einer Abwägung zwischen dem Interesse an der Erhaltung des Unternehmens und dem Gläubigerschutzinteresse ist zu beachten, daß es sich nicht nur um die Abwägung eines Schuldnerinteresses und eines Gläu-

1) Jaeger-Lent § 29,1; Jaeger § 1,13; vgl. Paulus AcP 155 S.314 und S.341.

bigerinteresses handelt. Das Unternehmen stellt nach heutiger Ansicht vielmehr einen von seinem Eigentümer losgelösten Wert für die Allgemeinheit dar.¹⁾ Dieser Wert kann nur durch die Erhaltung des Unternehmens bewahrt bleiben.

Weiter muß berücksichtigt werden, daß die Einschränkung des Bestandsschutzes für das Unternehmen nur in sehr begrenzter Weise möglich ist. Wenn die durch Abfindungszahlungen entstehende Belastung ein gewisses Maß überschreitet, kann das an sich noch lebensfähige Unternehmen wegen Illiquidität zusammenbrechen. Demgegenüber können die Gläubigerschutzinteressen wegen der Belastungsverteilung auf mehrere Wirtschaftssubjekte regelmäßig weitergehend angegriffen werden, ohne daß die Gläubiger ihre gesamte Existenz einbüßen. Es kommt hinzu, daß die Interessen der Allgemeinheit und der verbleibenden Gesellschafter an der Erhaltung des Unternehmens die Gläubigerschutzinteressen quantitativ in der Regel weit überragen.

Wegen dieser unterschiedlichen Gewichtigkeit der beiden hauptsächlich widerstrebenden Interessen ist dem Interesse an der Erhaltung des Unternehmens bei einer gerechten Interessenabwägung der Vorrang einzuräumen, ohne daß das Gläubigerschutzinteresse außer acht gelassen wird. Demnach kann man eine Unlauterkeit und damit eine Anfechtbarkeit bei solchen vertraglichen Regelungen nicht annehmen, welche für die Erhaltung des Unternehmens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses notwendig erscheinen.²⁾ Die Bedeutung des Gläubigerschutzinteresses wird dadurch beachtet, daß alle vertraglichen Regelungen, welche eine Gläubigerbenachteiligung darstellen und für die Erhaltung nicht erforderlich erscheinen, als unlauter zu beurteilen

1) Vgl. oben S.175.

2) Für eine starke Beachtung des Erhaltungsinteresses auch BGH DNotZ 1959 S.553.

sind und damit der Anfechtungsmöglichkeit unterliegen. Dieser sachlich gerechtfertigte Maßstab ist praktikabel und führt zu den gleichen Ergebnissen wie der für den Ausscheidensfall der Gesellschafterkündigung entwickelte Maßstab.

C. Herausstellung von zulässigen und unzulässigen Einzelfällen

Zur Vermeidung eines zu hohen Kapitalabflusses kann der Ausscheidende von der Beteiligung an stillen und offenen Reserven sowie von der Beteiligung an einem etwaigen Geschäftswert ausgeschlossen werden ¹⁾, auch wenn diese Positionen im Einzelfall einen hohen Wert ausmachen. Zu dem gleichen Zweck kann die Auszahlung gestreckt oder hinausgeschoben werden. ²⁾

Desgleichen sind Klauseln zulässig, welche dem Erhaltungsinteresse dadurch dienen, daß sie eine eindeutige Regelung schaffen. Die vollständige Ausschließung des Abfindungsanspruches oder die Abfindung mit einer festen Summe ist jedoch nicht zulässig ³⁾, da die notwendige Eindeutigkeit auch durch andere Regelungen bewirkt werden kann.

-
- 1) Düringer-Hachenburg § 141,8; RGRK HGB § 135,23; Baumbach-Duden § 141 A; Stürcke S.46; für offene Reserven vgl. Sudhoff S.264.
 - 2) RGRK HGB § 135,23; Düringer-Hachenburg § 141,8; Ritter § 135,6; RGRK BGB § 738,6; Schneider-Zartmann S.78; Schwarze S.147.
 - 3) Für die Ausschließung einer Abfindung vgl. RGRK § 135,23; Wieczorek § 859 IV A a; a.A.wohl Schlegelberger-Geßler § 138,26 u.27; Staudinger § 738, 19 unter bestimmten Voraussetzungen; RGZ 145,293 = JW 1935 S.417; für die Abfindung mit einer festen Summe a.A. RGRK HGB § 138,31.

Für die meisten Autoren stellt die Schlechterstellung eines bestimmten Gesellschafters oder die Schlechterstellung aller Gesellschafter für die Fälle des Ausscheidens wegen Gesellschaftskonkurses bzw. wegen der Kündigung eines Privatgläubigers ein Kriterium der Unzulässigkeit der Regelung dar.

Einige Autoren entnehmen aus diesem formalen Vergleich der Regelungen den alleinigen Maßstab für die Beurteilung vertraglicher Regelungen. Unterschiedliche Regelungen sind danach unzulässig, während gegen gleiche Regelungen keine Bedenken bestehen. ¹⁾ - Andere Autoren verwenden den Maßstab nur einseitig, indem sie gleiche Regelungen zulassen, bei unterschiedlichen Regelungen aber noch andere Maßstäbe heranziehen. ²⁾ - Eine dritte Gruppe von Autoren läßt generell auch andere Maßstäbe gelten, so die Intensität des Angriffes auf die Gläubigerschutzinteressen und die subjektive Einstellung des Schuldners. Auch diese Autoren ziehen jedoch regelmäßig nur den formalen Vergleich als Maßstab heran und greifen nur bei Vorliegen besonderer Umstände auf die anderen Maßstäbe zurück. ³⁾

Wie bei dem Fall des Ausscheidens wegen einer Gesellschafterkündigung so ist auch in diesem Falle eine vertragliche Regelung nicht allein deswegen unzulässig, weil für andere Ausscheidensfälle oder für andere Gesellschafter eine für die Gläubiger günstigere Regelung getroffen worden ist. ⁴⁾ Es besteht aller-

1) Schlegelberger-Geßler § 142,14; Baumbach-Duden § 141 A; Staudinger § 738,19 Ziff.1; Hueck OHG S.237; Potthoff-Zintzen S.182.

2) Düringer-Hachenburg § 141,8; Schneider-Zartmann S.78; Schwarze S.82.

3) RGRK HGB § 135,23 u.24; § 138,35; Sudhoff S.264; Stürcke S.46.

4) Vgl. oben S.191.

dings die Vermutung, daß schon die günstigere Regelung genügt, um die Erhaltung zu gewährleisten, da sämtliche vertraglichen Regelungen über den Abfindungsanspruch regelmäßig im Hinblick auf die Erhaltung des Unternehmens getroffen werden. Dann läge allein die günstigere Regelung im Rahmen des Zulässigen. Die Vermutung kann jedoch durch das Vorliegen eines Sonderfalles widerlegt werden. Es ist denkbar, daß sich einer der Gesellschafter für einen oder für mehrere Fälle des Ausscheidens eine Regelung hat zustehen lassen, die auf die Erhaltung des Unternehmens keine Rücksicht nimmt. ¹⁾

D r i t t e r A b s c h n i t t

Ausschluß eines Gesellschafters gem. § 140 HGB ²⁾

Die in Betracht kommenden Begrenzungsvorschriften sind auf ihren Anwendungsbereich, soweit das streitig ist, und auf ihren Inhalt zu untersuchen. Dabei ist aus dem Inhalt derjenigen Vorschrift, die tatsächlich eine Begrenzung zu liefern vermag, das Kriterium für

-
- 1) Vgl. oben S.141 f.; für weitere Einzelheiten über zulässige und unzulässige Regelungen vgl. oben S. 187 ff.
 - 2) Die Untersuchung beschränkt sich auf den durch § 140 HGB normierten "reinen" Fall des Ausschlusses durch Gerichtsbeschluß. Nicht erfaßt werden Vertragsklauseln und Gesellschafterbeschlüsse, die zu einem unfreiwilligen Ausscheiden führen (vgl. Hueck OHG S.278, Neuss S.1, Dehler S.1, welche in ihren Ausschlußbegriff auch diese Fälle aufnehmen). Da von dem gesetzlich normierten Fall des Ausschlusses ausgegangen wird, werden nur solche Fälle untersucht, bei denen das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht in Abweichung von § 140 HGB vertraglich geregelt ist.

die Zulässigkeit vertraglicher Regelungen zu entnehmen (A). Danach werden zulässige und unzulässige Einzelfälle herausgestellt (B).

A. Anwendungsbereich und Inhalt der Begrenzungsvorschriften

I. § 14o HGB

Die Vorschrift kann auf zweifache Weise eine Begrenzung ergeben: Einmal besteht die Möglichkeit, daß der Wortlaut die Zulässigkeit vertraglicher Regelungen einschränkt (1). Eine Begrenzung kann aber auch dann aus der Vorschrift entnommen werden, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausschlusses gem. § 14o HGB ohne ausdrücklichen Hinweis des Wortlautes von der Gestaltung der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches abhängig gemacht wird (2).

1. Keine Regelung der Berechnung des Abfindungsanspruches durch § 14o II HGB

Für die Auseinandersetzung der Gesellschafter ist nach § 14o II HGB die Vermögenslage der Gesellschaft in einem bestimmten Zeitpunkt maßgebend. Die Vorschrift kann nicht dahin interpretiert werden, daß die Auseinandersetzung auf der Grundlage der tatsächlichen Vermögenslage durchgeführt werden muß, daß also der Abfindungsanspruch auf Grund des "wahren" Unternehmenswertes festzusetzen ist. Abgesehen davon, daß § 14o II HGB nur nachgiebiges Recht enthält ¹⁾, betrifft diese Vorschrift nur den Stichtag, zu welchem

1) Schlegelberger-Geßler § 14o, 2o.

das zugrundegelegende Vermögen zu berechnen ist, nicht aber die Berechnungsart selbst. ¹⁾

2. Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 140 HGB mit § 133 HGB) und Gestaltung der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches

§ 140 HGB kann eine Begrenzung für vertragliche Regelungen darstellen, wenn das Vorliegen eines wichtigen Grundes, die wichtigste Voraussetzung des Ausschlusses, in irgendeiner Weise von der Gestaltung der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches abhängig ist. ²⁾ Das RG verneint in st.Rspr. das Vorliegen eines wichtigen Grundes, wenn die Ausschließung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände unbillig erscheint und wenn das mit einer Ausschließung verfolgte Ziel auf einem anderen Wege zu erreichen ist. Das Ziel einer Ausschließung besteht nicht in der Schlechterstellung des auszuschließenden Gesellschafters, sondern in der Abwendung einer Gefahr für die Gesellschaft. Für dieses Ziel bietet sich außer der Ausschließung etwa die Möglichkeit an, dem betreffenden Gesellschafter die Stellung eines Kommanditisten mit minimalen Kontrollbefugnissen einzuräumen, die er nicht einmal persönlich ausüben darf. ³⁾ Bei der Berücksichtigung der Gesamtumstände, welche die Aus-

-
- 1) Schlegelberger-Geßler § 140,20; RGRK HGB § 140,32; Ritter § 140; Düringer-Hachenburg § 140,16; Baumbach-Duden § 140,4; RG JW 1938 S.2752.
2) So vor allem RG JW 1938 S.2212 = ZAKDR 1938, S.638 (mit ablehnender Anmerkung von Geßler); vgl. auch RGZ 146,169; 122,314; RG JW 1938 S.2752; Hueck OHG S.282 f.; Baumbach-Duden § 140,2 c.
3) RGZ 122,314; Hueck OHG S.282 f.

schließung unbillig erscheinen lassen können, ist etwa auf Verdienste des Auszuschließenden oder Verfehlungen der Mitgesellschafter zu achten.¹⁾ Als bedeutungsvoller Umstand kommt nach Ansicht des RG aber auch die Gestaltung vertraglicher Regelungen für den Abfindungsanspruch in Betracht. So wurde die Abfindung auf der Grundlage des Buchwertes als unbillige Schlechterstellung des betreffenden Gesellschafters gewertet.²⁾

Es ist richtig, wenn das RG das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht losgelöst von solchen Umständen betrachtet, wie sie etwa die Verdienste des betreffenden Gesellschafters oder die Verfehlungen seiner Mitgesellschafter darstellen. Bei Berücksichtigung solcher Umstände kann der in der Person des Gesellschafters eingetretene Umstand (§ 140 HGB) als weniger gravierend empfunden werden oder, wenn sein Verbleiben in der bisherigen Form trotzdem untragbar erscheint, kann doch wenigstens wegen des Treueverhältnisses der Vorschlag einer anderen Möglichkeit als der Ausschließung notwendig werden.³⁾

Es ist dagegen sehr bedenklich, wenn das RG auch die Gestaltung der vertraglichen Regelung als solchen Umstand mit beachtet. Diese Auffassung hat zur Folge, daß die Möglichkeit der Ausschließung weitgehend illusorisch wird. Wenn ein Gesellschaftsvertrag mit einer Regelung des Abfindungsanspruches vorliegt - eine Schlechterstellung des betreffenden Gesellschafters ist dann regelmäßig gegeben - kann eine Ausschließung nur vorgenommen werden, wenn sich ein an-

1) RG JW 1938 S.2212 = ZAKDR 1938 S.638.

2) RG JW 1938 S.2212; a.A. Geßler ZAKDR 1938 S.639 und mit Einschränkung Hueck OHG S.282 f.

3) Vgl. Geßler ZAKDR 1938 S.639.

derer zumutbarer Weg nicht findet oder wenn dieser Weg von dem Gesellschafter nicht akzeptiert wird. Beides ist unwahrscheinlich. In der Rechtsprechung werden die verschiedensten Möglichkeiten genannt, welche eine Ausschließung in zumutbarer Weise ersetzen können. Solche Möglichkeiten wird der Gesellschafter, dem die Ausschließung droht, regelmäßig auch akzeptieren. ¹⁾

Die Auffassung des RG erscheint um so sonderbarer, als bei allen anderen Fällen des Ausscheidens vertragliche Regelungen zulässig sind, auch wenn sie eine Schlechterstellung des Ausscheidenden bewirken. Es gibt keinen Grund, der eine Schlechterstellung gerade für den Ausscheidensfall verbieten soll, der regelmäßig durch eine Verfehlung des Auszuschließenden und immer durch einen in seiner Person eintretenden Umstand hervorgerufen worden ist. ²⁾

Schließlich schränkt das RG die Prinzipien der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit mit seiner Auffassung von der Vorschrift des § 140 HGB weitgehend ein. Für eine solche Einschränkung enthält die Vorschrift keinerlei Anhaltspunkte. ³⁾

II. § 138 I BGB

Als Grundlage für die Untersuchung von Begrenzungen wird auf die Konkretisierung der Vorschrift durch tatbestandsähnliche Fallgruppen hingewiesen (1). Danach werden die beiden in Betracht kommenden Fallgruppen untersucht (2 und 3).

1) So auch Geßler ZAKDR 1938 S.639; vgl. auch Hueck OHG S.282 f.

2) Vgl. Geßler ZAKDR 1938 S.639.

3) Geßler ZAKDR 1938 S.639.

1. Konkretisierung der Vorschrift durch tatbestands- ähnliche Fallgruppen

Der Wortlaut der Vorschrift ist sehr wenig eindeutig, da das hauptsächliche Merkmal, der Verstoß gegen die guten Sitten, ein sehr weit gefaßter unbestimmter Rechtsbegriff ist. ¹⁾ Es sind verschiedene Erklärungen und Abgrenzungen dieses Merkmals gegeben worden. Insbesondere ist die Formel des RG zu nennen. Danach ist das Merkmal gegeben, wenn ein Verstoß gegen das "Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" vorliegt. ²⁾ Auch die Abgrenzung von Lehmann ist erwähnenswert. Er setzt die "guten Sitten" als eine im Volke tatsächlich geübte Rechtsmoral einerseits von den guten Sitten i.S. eines Lebensbrauches und andererseits von einem inneren Sittlichkeitsgesetz ab, das einen Einklang des äußeren Verhaltens mit der inneren seelischen Einstellung fordert. ³⁾ Durch diese Erklärungen und Abgrenzungen wird zwar eine gewisse Klärung erreicht, ohne jedoch eine Rechtssicherheit i.S. einer Vorausschaubarkeit von Entscheidungen gewährleisten zu können. ⁴⁾ Eine derartige Rechtssicherheit kann nur geschaffen werden, wenn auf der Grundlage der vorliegenden Erklärungen und Abgrenzungen sowie unter Beachtung der schon ergangenen Gerichtsentscheidungen ein Katalog tatbestandsähnlicher Fallgruppen zu der Vorschrift aufgestellt wird. ⁵⁾ Die von verschiedener Seite geltend gemachten Bedenken, daß dadurch die Beachtung der Eigentümlichkeiten des Einzelfalles gehemmt wird ⁶⁾,

1) Vgl. Westermann S.29.

2) z.B. RGZ 80,221.

3) Lehmann BGB S.183; ähnlich Ennecc.-Nipperdey S.821; Staudinger § 138,3.

4) Soergel-Siebert § 138,2.

5) Soergel-Siebert § 138,2; Coing NJW 1947/1948 S.213; Westermann S.29.

6) Schweiger MDR 1953 S.707 f.; BGHZ 10,228.

können durchaus berechtigt sein, wenn die mit Absicht weitgefaßte Vorschrift durch einige enge Tatbestände ersetzt wird. Die Bedenken dürften jedoch ausgeschlossen werden, wenn man sich darauf beschränkt, durch tatbestandsähnliche Fallgruppen einen Anhaltspunkt für Entscheidungen zu liefern. Da es sich dabei nicht um Tatbestände mit festen Merkmalen handelt, können die Eigentümlichkeiten des Einzelfalles genügend berücksichtigt werden.

Im Anschluß an Lehmann kann folgender Katalog mit Fallgruppen aufgestellt werden:

1. Verhaltensweisen, die schon an sich unsittlich sind (z.B. Einwilligung in die eigene Tötung)
2. Das Eingehen einer Verbindlichkeit zu einem Verhalten, das nur durch freien Entschluß bestimmt werden darf (z.B. Verpflichtung zur Ehelosigkeit)
3. Einschränkungen der Freiheit durch übermäßige Bindung (z.B. Knebelungsverträge)
4. Die unangemessene Verknüpfung eines Vorteiles mit der Zahlung eines Entgeltes (z.B. Nichtanzeige eines Verbrechens gegen Entgelt)
5. Erstreben eines unverhältnismäßigen Vorteiles (z.B. Wucher gem. § 138 II BGB) ¹⁾

2. Die Fallgruppe: Einschränkung der Freiheit durch übermäßige Bindung

Vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches könnten eine Einschränkung der Freiheit, und zwar eine Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit darstellen. Die Zustimmung zu der vertraglichen Regelung

1) Lehmann BGB S.184 ff.; für ähnliche Einteilungen vgl. Ennecc.-Nipperdey S.826; Coing NJW 1947/48 S.213; Staudinger § 138,7; Dick BurgA 33 S.108 ff.

enthält den vollständigen oder teilweisen Verzicht auf einen Anspruch, der dem Gesellschafter gemäß den nachgiebigen gesetzlichen Bestimmungen für den Fall des Ausscheidens zusteht. Auf Grund dieses Verzichtes kann der Ausgeschiedene bei der Wahl einer neuen beruflichen Tätigkeit erheblich eingeschränkt sein. Wenn er wie bisher selbständig tätig sein will, benötigt er regelmäßig ein beträchtliches Kapital, das ihm wegen des Verzichtes aber nicht zufließen wird.

Es kommt hinzu, daß der Gesellschafter seine zukünftige wirtschaftliche Freiheit in einem Zeitpunkt einschränken läßt, in welchem sich die Auswirkungen der Einschränkung noch nicht voraussehen lassen. Der Gesellschafter kann auch regelmäßig keinen nennenswerten Einfluß darauf ausüben, ob, wann und in welchem Umfang der Verzicht wirksam wird.

Für die Beurteilung der Rechtslage erscheint es erheblich, daß die Vorschrift des § 310 BGB eine Begrenzung für die Zulässigkeit bestimmter Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit enthält.¹⁾ Gemäß dieser Vorschrift ist eine vertragliche Regelung nichtig, durch welche "sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen ... zu übertragen".

Man könnte zunächst daran denken, daß vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches von der Vorschrift erfaßt werden. Es ist aber zweierlei zu bedenken: Eine Übertragung künftigen Vermögens setzt voraus, daß dieses Vermögen überhaupt erst zur Entstehung kommt. Der von dem Verzicht betroffene Teil des gesetzlichen Abfindungsanspruches (§ 738 BGB) kann nach h.M. wegen des Verzichtes aber gar nicht entstehen.²⁾ Außerdem kann die Vorschrift kaum zur

1) Vgl. Larenz S.42.

2) RGRK BGB § 397,1; vgl. auch RGZ 124,326 f.

Anwendung kommen, weil der Abfindungsanspruch regelmäßig nicht das gesamte Vermögen des Gesellschafters ausmacht. ¹⁾

Andererseits bedeutet die Nichtanwendbarkeit der Vorschrift keineswegs, daß ein Zurückgreifen auf § 138 I BGB ausgeschlossen ist. ²⁾ Die Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß für bestimmte Fälle von Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit ohne weiteres eine Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit angenommen wird. Für die anderen Fälle kann sich die Sittenwidrigkeit mit der Folge der Nichtigkeit (§ 138 I BGB) erst auf Grund einer Untersuchung ergeben. ³⁾

Die Existenz der Vorschrift hat aber auch für die von ihr nicht erfaßten Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit eine Bedeutung. Der Gesetzgeber hat mit der Vorschrift zum Ausdruck gebracht, aus welchem Grunde er Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit für sittenwidrig hält. Um ein Abstellen auf die Umstände des Einzelfalles nicht zu verhindern, ist der Tatbestand so gefaßt, daß nur besonders markante Einschränkungen betroffen werden. Für die nicht erfaßten Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit ist durch den Tatbestand aber die Richtung gewiesen, in welcher eine Untersuchung des Einzelfalles auf eine Sittenwidrigkeit hin zu erfolgen hat.

Die Vorschrift des § 310 BGB soll verhindern, daß sich jemand seiner Erwerbsfähigkeit entäußert. Eine solche Einschränkung ist mit dem sittlichen Wesen der Persönlichkeit nicht zu vereinbaren, da eine solche

1) Vgl. RGZ 140,252 f.; Erman § 310,3; Staudinger § 310,2.

2) RGZ 67,166; 140,252 f.; Erman § 138,3; Staudinger § 310,2.

3) Larenz S.42.

Einschränkung einem Verzicht auf die Vermögensfähigkeit, einen Teil der Rechtsfähigkeit, gleichkommt. Daneben wird noch der volkswirtschaftliche Aspekt beachtet. Durch die Einschränkung verliert der Verzichtende jeglichen Antrieb zum eigenen Erwerb. ¹⁾

Dem Sinn und Zweck der Vorschrift widersprechen vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches nicht. Regelmäßig geht jeder Gesellschafter von seinem Verbleiben in der Gesellschaft aus. Der Antrieb zum eigenen Erwerb wird ihm daher nicht genommen. Durch eine vertragliche Regelung wird dem Gesellschafter auch nicht die Erwerbsfähigkeit entzogen. Einmal gilt die Einschränkung nur für den relativ seltenen Fall des Ausschlusses aus der Gesellschaft. Außerdem kann der Gesellschafter Vermögen erwerben, da ein Abfindungsanspruch regelmäßig nicht ganz ausgeschlossen wird. Selbst für den Fall des vollständigen Ausschlusses einer Abfindung bleibt ein Vermögenserwerb in der Form einer Gewinnerzielung bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens möglich. Eine übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit kann in der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches somit nicht gesehen werden.

3. Die Fallgruppe: Erstreben eines unverhältnismäßigen Vorteiles

Im Falle des Ausschlusses aus der Gesellschaft erhalten die verbleibenden Gesellschafter durch die vertragliche Regelung des Abfindungsanspruches einen Vorteil, der darin besteht, daß ihnen der Anteil des

1) Erman § 310,1; vgl. Larenz S.42.

Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen zuwächst (§ 738 I BGB mit § 105 II HGB), ohne daß sie dem Ausscheidenden einen vollen Abfindungsbetrag zu zahlen haben, wie es gem. § 738 I BGB mit § 105 II HGB ohne eine derartige Regelung notwendig wäre. Wenn man auf den Zeitpunkt des Ausscheidens abstellt, dann stehen sich nur dieser Vorteil der Verbleibenden und ein entsprechender Nachteil des Ausscheidenden gegenüber. Die Diskrepanz der beiderseitigen Positionen ist besonders kraß, wenn ein Abfindungsanspruch völlig ausgeschlossen wird und wenn der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen als sehr wertvoll anzusehen ist.

Bei dieser Betrachtungsweise wird jedoch außer acht gelassen, daß die Verwerflichkeit einer Regelung allein aus der Diskrepanz der beiderseitigen Positionen im Zeitpunkt des Treffens der Regelung zu ersehen ist. Nachträglich eintretende Umstände, welche die Diskrepanz verursachen, sind dagegen nicht zu berücksichtigen. ¹⁾

Im Zeitpunkt, in dem die Regelung getroffen wird, liegt keine Diskrepanz vor, wenn die Regelung alle Gesellschafter in gleicher Weise betrifft. Bei allen Gesellschaftern steht dann einem Vorteil ein entsprechender Nachteil gegenüber. Alle Gesellschafter haben die Chance, daß ihnen der Anteil der übrigen Gesellschafter ohne volle Abfindungszahlung anwächst. Sie tragen aber auch das Risiko, daß sie selbst ohne volle Abfindung ausscheiden. Selbst wenn der Sonderfall gegeben ist, daß für die verschiedenen Gesellschafter unterschiedliche Regelungen getroffen worden sind, so steht dem Nachteil doch in aller Regel ein entsprechender Vorteil gegenüber. Der bezüglich der Abfindung benachteiligte Gesellschafter kann etwa durch Aufnahme in die Gesellschaft ohne Leistung einer

1) RGZ 86,298 f.; RG SeuffA 80 S.4 Nr.2 (S.7); Erman § 138,8; RGRK BGB § 138,26.

Kapitaleinlage einen Vorteil erlangt haben. 1)

III. § 242 BGB

Da keine einheitliche Auffassung über den Anwendungsbereich der Vorschrift besteht, ist zunächst eine entsprechende Untersuchung vorzunehmen. Zur Konkretisierung der Vorschrift sind weiterhin tatbestandsähnliche Fallgruppen aufzustellen (1). Danach ist die in Betracht kommende Fallgruppe zu untersuchen (2).

1. Anwendungsbereich der Vorschrift sowie ihre Konkretisierung durch tatbestandsähnliche Fallgruppen

Gem. § 242 BGB ist der Schuldner verpflichtet, "die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Der Wortlaut gibt unmittelbar nur die Art und Weise an, wie eine Schuldnerleistung zu erbringen ist. Über diesen sehr engen Anwendungsbereich hinaus ist die Bedeutung der Vorschrift erheblich ausgedehnt worden.

In einer ersten Ausdehnungsphase werden neben den vom Wortlaut unmittelbar betroffenen Schuldnerpflichten auch die Gläubigerpflichten erfaßt. Außerdem soll nicht nur die Art und Weise der Erfüllung von Pflichten bestimmt werden, sondern daneben auch die Art und Weise der Ausübung sämtlicher Rechte innerhalb eines Schuldverhältnisses. Diese erste Ausdehnungsphase beschränkt sich aber auf die Art und Weise

1) Vgl. oben S.202 mit weiteren Möglichkeiten.

der Abwicklung von Schuldverhältnissen. ¹⁾ Die vertraglichen Regelungen von Abfindungsansprüchen können durch die Vorschrift nur begrenzt werden, wenn nicht erst die Abwicklung des Schuldverhältnisses, sondern schon die Begründung, der Wegfall oder die Änderung eines Rechtes bzw. einer Pflicht durch die Vorschrift beeinflußt wird.

Diese weitergehende Bedeutung wird der Vorschrift in einer zweiten Ausdehnungsphase zugemessen. Die Ausdehnung wird jedoch auf solche Sachverhalte beschränkt, bei denen ein im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht berücksichtigter Umstand die ursprüngliche Rechtsgestaltung unbillig erscheinen läßt. Es handelt sich vornehmlich um die Fälle des Wegfalles der Geschäftsgrundlage, des *venire contra factum proprium*, der Verwirkung, der Verpflichtung zu alsbaldiger Rückgewähr des beanspruchten Gegenstandes. ²⁾ Die Zulässigkeit vertraglicher Regelungen des Abfindungsanspruches kann durch die Vorschrift generell nur begrenzt werden, wenn auch Sachverhalte erfaßt werden, bei denen die ursprüngliche Rechtsgestaltung trotz Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände unbillig erscheint.

Diese dritte Ausdehnungsphase lehnen verschiedene Autoren ab. ³⁾ Bei einer derartig weiten Ausdehnung werde die Vertragsfreiheit eingeschränkt. Nach dem

1) Hueck Treuegedanke Privatrecht S.10; RGRK BGB § 242 I; Staudinger § 242 I ; Palandt § 242,1.

2) Soergel-Siebert § 242,26 ff.; Staudinger § 242 X; RGZ 131,177.

3) Raiser S.281 f.; Staudinger § 138,18 f.; vgl. Siebert S.129; Lehmann Anm.z.RG JW 1935 S.2619; vgl. noch die nicht einheitliche Rechtsprechung, bezüglich weiter Ausdehnung ablehnend: RGZ 131, 177; BGHZ 9,279; zustimmend: BGH MDR 1952 S.222.

Gesetzessystem liege die Begrenzung der Vertragsfreiheit nur in den Vorschriften der §§ 134, 138 BGB. Die Funktion des § 242 BGB bestehe dagegen darin, die Abwicklung des im Rahmen der Vertragsfreiheit zustande gekommenen Schuldverhältnisses zu regeln.

Der Wortlaut sowie der ursprüngliche Sinn und Zweck verbieten zwar die weite Ausdehnung. Diese Gegebenheiten hat man aber schon außer acht gelassen, wenn man in der zweiten Ausdehnungsphase Sachverhalte wie den "Wegfall der Geschäftsgrundlage" mit dem Maßstab des § 242 BGB beurteilt. Die Grenze der Vertragsfreiheit wird dann in diese Vorschrift vorverlegt.¹⁾ Man kann die Begrenzung der Vertragsfreiheit im Rahmen dieser Vorschrift auch nicht durch die formalistische Unterscheidung zwischen der sogen. Außentheorie und der sogen. Innentheorie beseitigen. Es ist lebensfremd, entsprechend der sogen. Außentheorie das Bestehen eines Rechtes zwar zu bejahen, die Möglichkeit der Geltendmachung dieses Rechtes aber für immer zu verneinen.²⁾ Es erscheint demnach inkonsequent, wenn man einer Vorverlegung der Begrenzung der Vertragsfreiheit für einige Sachverhalte zustimmt, die Vorverlegung aber bei anderen Sachverhalten mit dem Hinweis auf das Gesetzessystem ablehnt.³⁾ Die Vorverlegung der Begrenzung für die Vertragsfreiheit entspricht auch der jetzt herrschenden Wertung.

1) Vgl. Lehmann Anm.z.RG JW 1935 S.2619.

2) Anders aber Raiser S.281 f.; für den Unterschied der beiden Theorien vgl. RGRK BGB § 242,118.

3) Anders aber Lehmann Anm.z.RG JW 1935, S.2619.

Die Begrenzung der Vertragsfreiheit wird nicht mehr allein unter dem Aspekt der jedem Rechtsgenossen gegenüber zu beachtenden Rücksichtnahme (§ 138 BGB) gesehen. Auch die weitergehenden Pflichten gegenüber dem Vertragspartner (§ 242 BGB) sind relevant. ¹⁾

Diese veränderte Wertung zeigt sich auch an der Auffassung über die Zulässigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es wird allgemein anerkannt, daß der Partner nur solche Bedingungen gegen sich gelten lassen muß, die mit dem Grundsatz von Treu und Glauben zu vereinbaren sind. ²⁾

Gegen die weite Ausdehnung der Vorschrift werden noch Bedenken mit dem Hinweis auf die verminderte Rechtssicherheit geltend gemacht. ³⁾ Die vage Formulierung mit dem nicht eindeutigen Merkmal "Treu und Glauben" ermöglicht ohnehin kaum vorausschaubare Entscheidungen. Die Rechtsunsicherheit kann bei einer Beschränkung des Anwendungsbereiches auf die in dem Wortlaut unmittelbar erfaßten Sachverhalte noch ausgeglichen werden. Bei einer weiten Ausdehnung könnte die fehlende Rechtssicherheit dagegen unerträglich werden.

Die Erheblichkeit dieses Argumentes entfällt aber dadurch, daß in Rechtsprechung und Rechtslehre durch Systematisierung der Vorschrift des § 242 BGB tatbestandsähnliche Fallgruppen geschaffen worden sind, deren "Tatbestandsmerkmale" so eindeutig sind, daß vorausschaubare Entscheidungen ermöglicht werden. ⁴⁾

1) Zu der Unterschiedlichkeit des Maßstabes von § 138 BGB und § 242 BGB vgl. Hueck Treuegedanke Privatrecht S.9; Larenz S.88; Siebert S.129.

2) Krause S.268; Palandt Einl.I b vor § 241.

3) Ennecc.-Lehmann S.21.

4) Vgl. oben S. 97

2. Die Fallgruppe: Erstreben eines übermäßigen, rücksichtslosen Eigennutzes

Die vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches erfüllen die Voraussetzungen dieses "Tatbestandes", wenn der Ausscheidende in unangemessener Weise benachteiligt wird, ohne daß die Verbleibenden ein überwiegendes Eigeninteresse geltend machen können.¹⁾

Die vertragliche Regelung schließt den Ausscheidenden ganz oder teilweise von dem vollen Abfindungsanspruch gem. § 738 BGB aus. Der erhebliche Nachteil des Ausscheidenden besteht darin, daß er nach dem Ausscheiden relativ wenig oder sogar überhaupt kein Kapital zur Verfügung hat. Gerade für den ausgeschiedenen Gesellschafter einer OHG ist die Verfügungsmöglichkeit über Kapital entscheidend. Der Gesellschafter hat nicht nur eine Kapitalanlage verloren, sondern auch die berufliche Betätigungs- und Verdienstmöglichkeit. Wenn der Ausgeschiedene sich weiterhin als selbständiger Unternehmer betätigen will, benötigt er umfangreiches Kapital. Die vertragliche Regelung kann also bewirken, daß der Ausgeschiedene sich in einem anderen Beruf betätigen muß. Das ist erfahrungsgemäß gerade für selbständige Unternehmer problematisch. Hinzu kommt, daß die Verdienstmöglichkeiten in dem neuen Beruf regelmäßig erheblich hinter den aus dem Unternehmen bezogenen Vorteilen zurückbleiben. Die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen und menschlichen Probleme sind deutlich.

Diesem Nachteil des Ausscheidenden steht aber ein erhebliches Interesse der verbleibenden Gesell-

1) Soergel-Siebert § 242,162; vgl. zum folgenden die Ausführungen oben S.97 ff.

schafter an der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches gegenüber. Bei Zugrundelegung der gesetzlichen Bestimmungen (§ 738 BGB mit § 105 II HGB, § 271 I BGB) besteht die Gefahr, ja sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, daß das Unternehmen zusammenbricht. ¹⁾ Dann entstehen für die verbleibenden Gesellschafter die gleichen wirtschaftlichen und menschlichen Probleme, wie sie für den Ausgeschiedenen wegen einer zu niedrigen Abfindung auftreten. Außerdem verliert die Allgemeinheit mit dem Unternehmen einen Wert. ²⁾ Zumindest quantitativ erscheinen die Interessen an der vertraglichen Regelung gewichtiger als die aus der Regelung entstehenden Nachteile für den Ausscheidenden.

Für die Abwägung der Gewichtigkeit der beiden Positionen können sich noch Gesichtspunkte aus den Sonderbeziehungen ergeben, die zwischen den Gesellschaftern einer OHG bestehen. Die in dieser Sonderbeziehung geltende Treuepflicht der Gesellschafter läßt die Interessen des Einzelnen hinter den Interessen des Unternehmens zurücktreten. Wenn diese Vorrangstellung auch nicht unbegrenzt gilt, so läßt sich doch aus dem Charakter der Sonderbeziehung ein Hinweis auf die größere Gewichtigkeit des Unternehmensinteresses und damit des Standpunktes der Verbleibenden entnehmen.

Für die Abwägung kann schließlich noch der Sinn und Zweck der Vorschrift herangezogen werden, aus welcher sich der Interessenwiderstreit ergibt. Die Vorschrift des § 140 HGB, welche diesen Ausscheidensfall regelt, soll einen Schaden von dem Unternehmen abwenden. Der Schaden besteht in dem Zusammenbruch des Unternehmens, der wegen der durch das Verbleiben des Gesellschafters

1) Vgl. oben S. 108 ff.

2) Vgl. oben S. 175.

gestörten Zusammenarbeit eintreten kann. Der Sinn der Vorschrift beschränkt sich jedoch darauf, daß der Schaden abgewendet wird. Eine Bestrafung des Ausscheidenden oder auch die Zufügung eines über das notwendige Maß hinausgehenden Nachteiles wird dagegen nicht bezweckt. ¹⁾

Bei der Abwägung der Interessen ergibt sich bei Beachtung des quantitativsmäßigen Übergewichtes der Unternehmensinteressen, bei Beachtung des Charakters der Sonderbeziehungen und bei Beachtung von Sinn und Zweck des § 140 HGB eine Vorrangstellung des Interesses an der vertraglichen Regelung des Abfindungsanspruches. Vor allem aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, daneben aber auch aus dem Charakter der Sonderbeziehungen läßt sich aber entnehmen, daß die Vorrangstellung nicht unbegrenzt gilt, daß also nicht sämtliche vertraglichen Regelungen im Rahmen des § 242 BGB zulässig sind.

Als Zulässigkeitskriterium bietet sich nach dem Sinn und Zweck des § 140 HGB die Notwendigkeit der vertraglichen Regelung im Hinblick auf die Schadensabwendung an. Demnach sind sämtliche vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches zulässig, welche im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Erhaltung des Unternehmens notwendig erscheinen. Soweit eine vertragliche Regelung nicht als notwendig gelten kann, ist der "Tatbestand" des "Erstrebens eines übermäßigen, rücksichtslosen Eigennutzes" gegeben. Solche vertraglichen Regelungen können wegen § 242 BGB nicht aufrechterhalten werden.

Dieser sachgerechte und praktikable Maßstab entspricht

1) RG ZAKDR 1938 S.638 = JW 1938, S.2212; vgl. Hueck OHG S.287.

dem Maßstab für die Fälle des Ausscheidens wegen Kündigung eines Gesellschafters ¹⁾ und wegen Gesellschafterkonkurses bzw. wegen Kündigung eines Privatgläubigers. ²⁾

B. Herausstellung von zulässigen und unzulässigen Einzelfällen

Wegen der Gleichheit des Maßstabes für die Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches bei allen Ausscheidensfällen kann auf den Katalog der zulässigen und unzulässigen Einzelfälle verwiesen werden, der für die anderen Ausscheidensfälle aufgestellt worden ist. ³⁾

Zulässig sind namentlich Regelungen, welche die Abfindung auf Grund von Buchwerten und unter Ausschluß von einem etwaigen Geschäftswert bestimmen. ⁴⁾ Desgleichen kann die Auszahlung hinausgeschoben oder gestreckt werden. ⁵⁾ Als unzulässige Regelung ist insbesondere der vollständige Ausschluß einer Abfindung ⁶⁾ und die Abfindung mit einer festen Summe ⁷⁾ zu nennen.

1) Vgl. oben S. 187 ff.

2) Vgl. oben S. 211 f.

3) Vgl. oben S. 187 ff. und S. 211 ff.

4) Schlegelberger-Geßler § 138,26 mit § 140,20; RGRK BGB § 738,6; Möhle S. 161 mit S. 187; Schwarze S. 81.

5) Schlegelberger-Geßler § 138,26 mit § 140,20; Düringer-Hachenburg § 140,16; RGRK BGB § 738,6; Möhle S. 167 mit S. 187.

6) Anders aber Schlegelberger-Geßler § 138,26 mit § 140,20; RGRK HGB § 138,31; mit § 140,32; Staudinger § 738,19; RGZ 145,293 = JW 1935 S. 417.

7) Anders aber RGRK HGB § 138,31 mit § 140,32.

Z u s a m m e n f a s s u n g

Die gesetzliche Regelung des Abfindungsanspruches entspricht im Regelfalle nicht den aufgestellten Anforderungen. ¹⁾ Da die gesetzliche Regelung nicht zwingend ist, kann dem Bedürfnis nach einer günstigeren Regelung durch vertragliche Regelungen entsprochen werden. Zwar können die vertraglichen Regelungen des Abfindungsanspruches keine optimale Erfüllung aller Anforderungen erbringen, da die Anforderungen sich in ihrer Erfüllung teilweise gegenseitig hemmen. Im Gegensatz zu der gesetzlichen Regelung, welche die Erfüllung nur einer Anforderung in den Vordergrund stellt, kann die vertragliche Regelung aber eine optimale Kombination hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen schaffen. ²⁾ - Die vertraglichen Regelungen sind nicht unbeschränkt zulässig. Für die verschiedenen Ausscheidensfälle sind unterschiedliche Begrenzungsvorschriften zu beachten, welche für alle Ausscheidensfälle den gleichen Begrenzungsmaßstab bringen.

-
- 1) Zu den Anforderungen vgl. oben S. 4 ff. ; zu der Beurteilung der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen vgl. oben S. 108 ff.
 - 2) Zu der Beurteilung der vertraglichen Regelungen hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen vgl. oben S. 163 ff.

Lebenslauf

Am 15. Mai 1936 wurde ich als Sohn des Kaufmannes Wilhelm Ernst Glunz und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Meschede, in Hamm (Westf.) geboren. - Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 4. März 1955 habe ich am Humanistischen Gymnasium in Hamm (Westf.) die Reifeprüfung abgelegt. Nach einem sich anschließenden Studium der Rechtswissenschaften in München (2 Semester), Hamburg (3 Semester) und Münster (3 Semester) habe ich im November 1959 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung bestanden. Seit dem Wintersemester 1959/60 habe ich in Hamburg (3 Semester) und Münster (bisher 4 Semester) Betriebswirtschaft studiert.

